This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

3 2044 103 183 034

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Italy

Digitized by Google

Digitized by Google

TRATTATO

TEORICO E PRATICO

DELLE PRUOVE

IN DRITTO CIVILE E IN DRITTO CRIMINALE

PER

Éduard Louis Joseph
EDUARDO BONNIER

PROFESSORE ALLA FACOLTA' DI DRITTO DI PARIGI

PRIMA VERSIONE

DELL'AVVOCATO GIUSEPPE PUGLISI

SULLA NUOVA EDIZ. DI PARIGI DEL 1852
RIVEDUTA E CONSIDERABILMENTE AUMENTATA DALL'AUTORE

Con annotazioni del Traduttore
relative alla legislazione ed alla giurisprudenza
del Regno delle Due Sicilie.

PALERMO
PRESSO DECIO SANDRON, EDITORE
Piazza Marina N. 47.

1853

BONNIER
Digitized by Google

FOR TY
B 71831

STAMPERIA DI F. RUFFINO

Digitized by Google

PREFAZIONE

Se circostanze esterne hanno ritardata la pubblicazione di questa edizione, ne è però risultato il vantaggio che noi abbiamo potuto mettere il *Trattato delle Pruove* al corrente degli ultimi cangiamenti operatisi nella legislazione francese. Altronde sembra questo il momento opportuno, oggi che il nostro paese sembra disposto a far tregua alle agitazioni, troppo sovente sterili, della politica, per riprendere il sentiero delle scienze e delle lettere.

Noi siamo stati ben lieti nel vedere le menti illuminate; tanto in Francia che all'estero, accogliere con benevolenza un libro in cui ci siamo impegnati ad avvicinare le nozioni filosofiche ed istoriche, senza le quali la scienza del dritto è una cieca tradizione, a quella tendenza pratica che è il retaggio del genio della Francia. Il giudizio che ha portato su di noi un giureconsulto di cui il nome è autorevole, il signor Mittermayer (1), è concepito in termini troppo lusinghieri perchè ci sia permesso di riprodurlo. Noi dobbiamo anche un giusto tributo di gratitudine ai tre membri del foro napolitano, i signori Lanza, Ciaramelli e Gaetani, i quali si sono riuniti per dare una traduzione italiana del *Trattato delle pruove* (2). Nel propagare le nostre idee al di là delle Alpi, i nostri onorevoli traduttori hanno aggiunto all'opera originale delle note piene d'interesse, di cui noi abbiamo spesse volte profittato nell'attuale edizione; nei casi rari in cui le loro teorie non ci sono sembrate conformi alle sane dottrine della materia, noi abbiamo indicato il nostro dissenso cogli annotatori italiani.

L'accoglienza fatta alla nostra prima edizione era per noi una ragione di più onde procurare di rendere la nostra opera più degna della stima dei dotti, facendo profittare i nostri lettori dell'esperienza da noi acquistata dopo il 1843, e per la pratica dell'insegnamento, e per lo studio della giurisprudenza, tanto essenziale a consultare in una materia tanto frequente. Per rispondere alla benevolenza dei membri della magistratura e del foro, che hanno ritenuto che questo libro possa arrecare qualche utilità anche ai forensi, abbiamo reputato nostro dovere verificare tutti

(1) Nota aggiunta dal signor Mittermayer alla pag. 22 della traduzione del suo *Trattato della pruova in materia criminale* pel sig. Alexandre. Questa traduzione, pubblicata nel 1848, si raccomanda anche a coloro che hanno potuto leggere l'opera originale, per le dotte annotazioni di che l'hanno arricchito il traduttore e l'autore.

(2) Bonnier, *Trattato teorico e pratico delle pruove in dritto civile ed in dritto penale, tradotto ed annotato da V. E. Lanza, A. Ciaramelli, E. V. Gaetani*, Nap. 1846.

688304

Digitized by Google

gli arresti da noi citati: da un lato noi abbiamo rettificato talune inesattezze che ci erano sfuggite nelle citazioni; e da un altro lato noi abbiamo accuratamente registrato le decisioni più importanti profferite dopo il nostro primo lavoro, lieti sovente nello scorgere consagrate dalla giurisprudenza della corte di cassazione le dottrine alle quali noi siamo maggiormente attaccati (1).

Mentre seguivamo il movimento delle idee e dei fatti nel dominio della pratica, non perdevamo di vista gli elementi filosofici su cui sta la base della teoria delle pruove. Il *Trattato della Certezza* del signor Javary, coronato dall'Istituto nel 1846, come ancora il rapporto fatto dal signor Franck sulle memorie relative a questa importante quistione ci hanno fornito documenti preziosi di cui abbiamo profittato per completare la nostra Introduzione.

Noi abbiamo anche tenuto ragione della critica direttaci dal sig. Giraud nel rapporto da lui fatto sul nostro libro all'Accademia delle scienze morali e politiche (2), allorchè ci rimproverava d'attenerci troppo alla ragion metafisica, e di non fare quel conto che si deve delle diverse epoche e dei varii sistemi di organizzazione giudiziaria. Certamente noi non siamo dell'avviso di coloro che riguardano la teoria delle pruove legali come un freno necessario al sistema che lascia al magistrato solo, in ogni materia, la conoscenza delle cause; in altri termini noi non crediamo che il buon senso sia il retaggio esclusivo del *jury*; ma nella valutazione istorica delle dottrine giudiziarie noi ci siamo alquanto soffermati sull'influenza che le istituzioni in vigore in una data contrada, in un dato grado di civilizzazione più o meno inoltrato, esercitarono sulla teoria delle pruove. Noi abbiamo seguito con interesse questo studio comparativo, relativamente ad una materia di alta importanza, trascurata nella nostra prima edizione, e trattata qui con quegli sviluppi che essa comporta; noi parliamo della pruova dei fatti diffamatorii. Vi si trova uno degli esempii più curiosi della reazione esercitata dai costumi pubblici o privati sulla facoltà legale di provare taluni fatti, a cominciare dalla legge di Solone, che autorizzava la pruova dei fatti ingiuriosi d'ogni natura, sino al decreto del 17 febbraro 1852, il quale circonda di gravi restrizioni la pruova dei fatti diffamatorii, anche pei pubblici funzionarii.

Noi abbiamo anche sodisfatto ad un desiderio generalmente espresso esponendo più estesamente i principî sull'effetto retroattivo, e sul dritto internazionale.

Finalmente noi abbiamo fatto alla nostra classificazione talune modificazioni, che possono a colpo d'occhio conoscersi; la più importante consiste nello aver tolto dal nostro piano i *delitti commessi all'udienza*, e la *ricognizione dell'identità dei condannati*, materie che a noi sembrano rientrare nella procedura criminale propriamente detta, anzichè nella teoria delle pruove. Questa soppressione è stata ad esuberanza compensata dalle aggiunzioni numerose ed importanti racchiuse in questa nuova edizione.

(1) Noi citeremo precisamente l'arresto di cassazione del 16 agosto 1848, che accoglie la nostra teoria sulla parte alla quale incombe il peso della pruova e sulla pruova dei fatti negativi.

(2) Seduta del 15 novembre 1843 (v. il rapporto nella *Rivista di legislazione*, t. x, pag. 144 e seg.

Digitized by Google

TRATTATO
DELLE PRUOVE
IN DRITTO CIVILE E IN DRITTO CRIMINALE

INTRODUZIONE

1. Se la scienza del dritto tende ad appagare la scienza umana per l'oggetto suo, il quale altro non è se non la consagrazione delle regole della giustizia, per quanto il mantenimenio ne interessa la società [1]; essa risponde del pari ad un bisogno dell'umanità quando, nella sfera a lei assegnata, essa si propone per iscopo la scoverta della verità, tanto necessaria all'intelligenza dell'uomo quanto la giustizia lo è alla sua coscienza. Noi scovriamo la verità allorchè havvi conformità tra le nostre idee ed i fatti dell'ordine fisico o dell'ordine morale che desideriamo conoscere. *Provare* importa stabilire l'esistenza di questa conformità. Le pruove di cui fa uso l'intelligenza, sono i diversi mezzi pei quali essa arriva alla conoscenza della verità.

2. Nelle quistioni sottomesse ai tribunali, la controversia può aggirarsi sopra un punto di fatto o sopra un punto di dritto. Provare il fatto, importa stabilire talune azioni dell'uomo o taluni avvenimenti dell'ordine della natura, atti a provocare l'esercizio della giustizia sociale. Provare il dritto, importa stabilire che, dati taluni fatti, tale o tal'altra è la disposizione di legge applicabile. Ma quando si parla della teoria delle pruove non s'intende parlare della pruova del dritto. Lo scopo finale si è la ricerca de'migliori mezzi ad impiegarsi onde verificare i fatti che sono l'oggetto delle discussioni giudiziarie. Ciò non vuol dire che la pruova del dritto debba essere eliminata da tali discussioni. Noi non risolveremo, come Vinnio, per l'affermativa la controversia da lui proposta nelle sue *Quaestiones selectae*; « *An solae quaestiones facti sint objectum probationis?* » Il famoso avvertimento, che ha troppo sovente interrotto le arringhe e nei tempi scorsi ed ai giorni nostri: *Avvocato, passate al fatto; la corte sa il dritto*, fa poco onore ai lumi dei magistrati che si hanno permesso simile interpellazione. È dovere dell'avvocato discutere il dritto, al pari del fatto, se non per insegnare la legge ai giudici, almeno per ricercare l'applicazione, spesso molto delicata, dei principii generali della legislazione al caso che loro è sottomesso. Ma questa pruova rientra in una teoria affatto speciale, sor-

(1) Dante, nel suo trattato *de Monarchia* definisce il dritto « realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae, servata, servat societatem. »

Digitized by Google

gente per se stessa di numerosi sviluppi, quella dell'interpetrazione delle leggi. Questa teoria, del resto, non è in tutti i suoi rapporti retta dalle stesse regole di quella che ci occupa. E di vero, l'interpretazione non è un lavoro puramente istorico col quale si ricerca solamente quello che ha detto il legislatore: essa è un lavoro nel quale debbonsi coordinare i risultati per ottenere un tutto omogeneo, armonico. Il giureconsulto, che deve far prevalere lo spirito sulla lettera, deve riempire certe lacune, raddrizzare taluni traviamenti o piuttosto talune apparenze di traviamenti. Certamente non è lecito a lui rifare il meccanismo legale, ma egli deve sorvegliare onde il movimento delle ruote, nei dettagli, obbedisca, per quanto è possibile, all'impulsione centrale. Questa facoltà incontestabile, sebbene sia necessario usarne con sobrietà, è assolutamente inammessibile quando si tratta della pruova del fatto. È agevole il comprendere che in tal caso debbesi necessariamente o pervenire ad una dimostrazione positiva, o non pronunziare.

3. Applicata in tal guisa al fatto, il che le lascia sempre un'immensa latitudine, la teoria delle pruove si rannoda intimamente all'applicazione del dritto. Bisogna in proposito rilevare che il dritto, come tutte le scienze che non sono puramente teoriche, racchiude due elementi ben distinti: i principii di fondo, che sono l'oggetto della legge, le regole sulla proprietà, sulle obbligazioni, ec.; ed i mezzi di applicazione, coll'ajuto dei quali questi principii rivestono per così dire, un corpo, come l'organizzazione giudiziaria, le forme di procedura, ec. Questa distinzione fu assai felicemente formulata da Bentham, allorchè egli divise le leggi in *leggi sustantive* e *leggi aggettive*. La materia delle pruove rientra evidentemente nella seconda di queste categorie. Non trattasi più, infatti, di ricercare quali saranno le conseguenze legali di tali o tali altri fatti, sì bene di riconoscere come si perverrà a verificarne l'esistenza. Questo è ben nitidamente esposto dal giureconsulto Paolo nel testo seguente (l. 30, *Dig. de test. tut.*) *Duo sunt Titii, pater et filius; datus est tutor Titius, nec apparet de quo sensit testator; quaero quid sit juris? Respondit, is datus est, quem dare se testator sensit. Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio.* In dritto havvi tutela testamentaria, e se il fatto della nomina di un tutore di questo genere fosse stata la condizione d'una disposizione fatta in pro d'una terza persona, la condizione sarebbe adempiuta. Ma è impossibile eseguire la volontà del testatore, perchè non è possibile stabilire quale dei due Tizii egli ha avuto di mira. Il dritto esiste, ma non può fornirsene la pruova.

L'essere le pruove trattate in gran parte nel codice civile, che dovrebbe essere una legge tutta sostantiva, tutta di fondo, non è il risultamento di un sistema precedentemente formulato dal legislatore, sì bene la conseguenza di una cieca imitazione di Pothier, il quale, trattando specialmente delle obbligazioni, aveva dovuto in fine esaminare il modo di provarle. Il posto naturale delle pruove era nel codice di procedura, salvi, nondimeno, i casi speciali in cui le regole sulla pruova sono il compimento indispensabile delle regole del fondo, come avviene in materia di filiazione nel sistema delle nostre leggi. Nelle materie penali, nelle quali il legislatore era vincolato da simili preoccupazioni, egli fece ritorno all'ordine logico. Il codice penale non fa che classificare gli atti puniti dalla legge; tutto quello che concerne la pruova, al pari di tutto

Digitized by Google

quello che è relativo al modo di procedere, è rinviato al codice di procedura penale.

4. Onde assodare la classificazione delle pruove giudiziarie debbesi indagare in un modo generale in qual guisa lo spirito umano giunge a conoscere la verità, val quanto dire a percepire con chiarezza i fatti interni o esterni. Noi quindi bipartiremo questa nostra introduzione. Nella prima parte esporremo distintamente i diversi generi di pruove usate in ogni materia; nella seconda applicheremo alle pruove giudiziarie i principii precedentemente stabiliti in un modo generale.

1. DEI DIVERSI GENERI DI PRUOVA IN GENERALE.

5. La parola *pruova*, presa, come qui l'intendiamo, nel suo più ampio significato, indica ogni mezzo diretto o indiretto onde giungere alla conoscenza dei fatti. Ma si dà sovente a questa espressione un significato più ristretto, quando si distingue quello che è evidente da quello che ha bisogno d'esser provato. Sonovi taluni fatti che ci colpiscono, per così dire, immediatamente, che noi percepiamo senza alcun che d'intermedio, di cui l'impressione sull'intelletto è tanto viva quanto quella della luce sull'organo della vista; ve ne sono altri ai quali noi non arriviamo se non per mezzo di altri fatti precedentemente percepiti, in forza del raziocinio che ci conduce dal noto all'ignoto. Nel primo caso, la pruova è diretta, intuitiva; nel secondo, essa è indiretta, mediata. Quest'ultima pruova, essendo la sola che esiga dall'intelletto una operazione più o meno complicata, è anche la sola che riceva nel linguaggio ordinario il nome di pruova.

6. Parliamo dapprima della pruova diretta, dell'evidenza. Essa può cadere o sopra fatti interni, o sopra fatti esterni.

7. L'evidenza interna, quella che ci avverte dei fatti che si avverano dentro di noi, è la base di qualsivoglia conoscenza, sola base che resista allo scetticismo. È nota la prima meditazione di Descartes, in cui questo filosofo, seduto accanto ad un camino in Olanda, si spoglia successivamente di tutte le idee acquistate, per prestare in certo modo ascolto alla voce che parla nell'interno di lui, e riduce qualunque certezza al famoso assioma: *io penso, dunque esisto*. Kant non ha fatto che riprodurre sotto altra forma questa dimostrazione, quando stabilisce che qualunque verità si presenta all'uomo come subjettiva. Certamente può rimproverarsi a Descartes d'essersi troppo esclusivamente attaccato al pensiero, e d'avere in tal guisa aperta la via agli errori di Malebranche e di Spinosa, non mettendo a calcolo una facoltà tanto importante quanto la volontà. Egli avrebbe dovuto aggiungere, per essere completo: *Io voglio, dunque esisto*. Ma ciò non ostante egli ha sempre stabilito, col suo metodo, le basi della vera psicologia. I fatti di *coscienza*, per servirci del linguaggio della metafisica moderna, non possono impugnarsi se non da coloro che spingono il dubbio sino alla mania, che arrivano sinanco a mettere in forse la loro esistenza medesima.

8. La seconda specie di evidenza, meno perfetta, meno diretta della prima, è quella che si lega ai fatti esterni, che noi percepiamo per l'organo dei nostri sensi. L'impressione che producono su noi questi fatti, rientra, senza dubbio, nell'evidenza interna. La realità delle nostre sensazioni, per esempio, del freddo o

Digitized by Google

del caldo che noi proviamo in una data circostanza, è tanto inoppugnabile quanto quella dei nostri pensieri e dei nostri sentimenti più sublimi. Ma quando trattasi di determinare la causa delle nostre sensazioni, cioè, la realità esterna del freddo o del caldo, il che vien da Kant chiamato la verità obbiettiva, non havvi più evidenza propriamente detta. Non è egli fuor di dubbio che nei nostri sogni si manifestano al nostro spirito le stesse apparenze che abitualmente ci fanno credere all'esistenza di oggetti esterni, apparenze di cui noi non tardiamo tuttavolta a riconoscere la falsità? Chi ci assicura che la vita non sia un sogno continuo? Nondimeno havvi un senso di cui la testimonianza c'inganna molto meno di quella degli altri sensi: è questo il tatto. Noi ricorriamo a questo senso quando immagini ingannatrici ci si presentano nel sonno. Tosto che noi vogliamo metterci in contatto col fantasma che colpiva la nostra immaginazione, noi non proviamo la sensazione di resistenza che ci aspettavamo, e l'illusione svanisce. Si è difatti la resistenza quella che ci rivela una forza esterna, opposta alla nostra, e che reagisce contro i nostri sforzi. È mestieri però far distinzione tra il toccare attivo ed il toccare passivo. Quest'ultimo, appunto perchè è passivo, non c'istruisce più degli altri sensi, e si presta per ugual modo alle illusioni. Spesso nel sogno noi crediamo di sentire un urto o di fare una caduta. Talvolta ancora nello stato di veglia noi risentiamo nelle nostre membra movimenti simili a quelli che produrrebbe in esse l'impressione di oggetti esterni. Il solo toccare attivo mette in movimento la volontà dell'uomo, e per conseguenza, la sua personalità, collocandosi, per così dire, a fronte dei varii corpi coi quali ci troviamo in contatto (1). Così, il fenomeno della resistenza fa emergere ad un tempo e la nostra propria attività, e una forza esterna in lotta con essa. Noi non abbiamo, egli è vero, la coscienza intima di questa forza, come di quella che sentiamo in noi, ma una induzione invincibile ci convince che quello che ci resiste deve avere una esistenza propria, distinta dalla nostra. Questa induzione è così rapida, così istan-

(1) I lavori del signor Maine di Biran su questo interessante problema sono stati completati dal signor Javary nel suo *Trattato della certezza*, che l'Istituto coronò nel 1846. Confutando la famosa ipotesi della statua di Condillac, l'autore di questo trattato si esprime in questi termini: « Se, infatti, impossessandoci, mercè l'attenzione, dei fenomeni che si producono nell'essere nostro, in guisa da sottometterli all'azione personale e da riprodurli volontariamente, non dassimo noi medesimi nascimento allo sviluppo di questa sfera interna che costituisce l'io, noi diverremmo ad ogni istante tale o tal altro fenomeno, in forza di mille influenze di cui noi non sospetteremmo neanco l'esistenza; noi saremmo quello che sono gli animali, quello che noi siamo nel sogno, l'ombra vacillante d'una impotente individualità, il trastullo passivo delle emozioni, delle idee fluttuanti che noi subiremmo senza poterci ad esse sottrarre, senza potere sinanco chiedere a noi stessi se quello che noi percepiamo sia reale o no, sia in noi o fuori di noi, sia sottomesso all'azione della nostra propria volontà o indipendente da essa, distinzione che sola può evidentemente stabilire i limiti della personalità. » Per la mancanza di questo dato fondamentale dell'attuale metafisica, è noto che Descartes era costretto a far poggiare unicamente sulla veracità divina la credenza all'esistenza dei corpi, poichè Dio non può farci tendere con tanta forza ad una delle apparenze prive di fondamento.

Digitized by Google

tanea, chè, nella pratica, essa si confonde colla stessa evidenza. E finalmente se può esser permesso a taluni metafisici idealisti di negare l'esistenza dei corpi, una simile supposizione non può ammettersi nelle scienze positive, le quali fanno progredire di fronte l'evidenza interna e l'evidenza esterna. È questo il caso di dire con Bacone: « *Multa philosophi proponunt dictu pulchra sed ab usu remota.* »

9. Ma i fatti che un uomo isolato può percepire direttamente, sia per intuizione immediata, sia per organo dei sensi, non sono nè molto numerosi comparativamente alla massa delle conoscenze umane, nè di una sfera molto marcata. L'esperienza personale di ciascuno è ristretta entro angusti limiti. Se l'intuizione s'innalza talvolta, come ci vien rapportato, sino ad afferrare di lancio, al pari dell'ente supremo, le verità più sublimi (1), un simile stato, che non possiamo nè determinare nè analizzare, è estraneo a tutte le regole della scienza. L'uomo, nello stato normale, non forma per esperienza diretta che una piccola parte delle sue conoscenze. Nelle circostanze le più importanti noi non possiamo fondarci sull'evidenza, sulla percezione immediata, e siamo costretti a conchiudere dal noto all'ignoto. Questi fatti ignoti possono trovarsi compresi nei fatti noti, dai quali l'intelligenza giunge a svincolarli: in tal caso noi procediamo per via di *deduzione*. Se i fatti noti rendono solamente probabili i fatti ignoti, l'operazione per la quale noi partiamo dai primi per arrivare ai secondi, si chiama *induzione*.

10. Nella deduzione, metodo puramente logico, si traggono rigorosamente le conseguenze da una proposizione supposta costante. Applicato alle scienze astratte, questo metodo produce immensi risultati. Si è in tal guisa che muovendo da questo semplice assioma: *la linea retta è la via più breve da un punto ad un altro*, arrivasi, di grado in grado, sino alle proposizioni geometriche dell'ordine più elevato. In ogni genere di discussione, quando trattasi di valutare la verità o la falsità di una data proposizione, il ragionamento puro esercita grande influenza. Spesso un principio il quale, isolatamente considerato, ci si presentava sotto una luce equivoca, sarà evidentemente vero o falso ai nostri sguardi, quando ne avremo scoverto tutte le conseguenze. Ma la deduzione, eccellente per farci valutare la forza di un fatto noto, è del tutto impotente a farci scoprire dei fatti nuovi. Può ad essa applicarsi quello che i giureconsulti romani dicevano del vagliatore che spoglia il grano dalla paglia nella quale era rinchiuso: *non speciem novam facit, sed quae est, detegit*. Nel medio evo, quando il sillogismo, l'arma più possente della deduzione, era quasi esclusivamente in onore, le scienze puramente metafisiche poteron fare dei progressi; ma quelle che poggiano sull'osservazione, come la chimica, la fisica ec., restarono stazionarie.

Qual'è l'epoca in cui ebbe prin-

(1) « *Felix quem veritas per se docet, non per figuras et voces transeuntes, sed sicuti se habet.* » (*Imit. Christ.*, lib. 1, cap. 3, § 1.) Noi non ci ricusiamo a credere che talune anime pure e sante possano trovarsi in contatto immediato colla divinità. Ma questo avviene per ascoltare, secondo le espressioni di S. Paolo (seconda epistola ai Corint., cap. 12, vers. 4), *arcana verba quae non licet homini loqui*. Simili rivelazioni sono affatto estranee alla teoria delle pruove.

Digitized by Google

cipio un'era novella per le scoverte scientifiche? Quella in cui Bacone abbattè il metodo sillogistico, per rimettere in onore l'induzione la quale, muovendo da certi fatti accuratamente osservati, generalizza i risultati particolari ottenuti per mezzo dell'esperienza. La più ammirabile applicazione di questo procedimento si è il sistema del mondo scoverto da Newton in seguito delle osservazioni fatte sulla caduta di un pomo.

11. Questa distinzione essenziale tra l'induzione e la deduzione è stata di recente impugnata. L'induzione, si è detto (1), non differisce in sostanza dalla deduzione, poichè anch'essa poggia sopra un sillogismo. Così, quando, dopo avere sperimentato in diversi frammenti di resina, sottoposti a talune condizioni, una proprietà elettrica, noi ne conchiudiamo che qualunque resina possiede questa proprietà, chi ci autorizza a generalizzare in tal guisa i risultati della nostra esperienza, se non è la credenza invincibile dell'umanità alla costanza delle leggi della natura (2)? — Si propone dunque di stabilire in questi termini il sillogismo nascosto in questa applicazione dell'induzione: Un corpo collocato nelle stesse condizioni si comporta sempre dello stesso modo; or, taluni frammenti di resina sviluppano, in una data condizione, una elettricità d'una natura particolare; dunque, la resina, in generale, ha la proprietà di sviluppare questa elettricità. È questo un silligismo formale. Ma non è questo il fondamento su cui riposa l'induzione. È fuor di dubbio che, se le leggi della natura sono costanti, la legge alla quale si lega la proprietà elettrica della resina, sarà anch'essa costante al pari di tutte le altre. Questo verrà consentito agevolmente dagli scettici più spiegati. — Essi però impugneranno la maggiore del sillogismo, cioè, la permanenza delle leggi della natura. Si è questa stessa permanenza quella che forma la base dell'induzione.

Or, questa permaneuza non è suscettibile di matematica dimostrazione, e qui sta precisamente la differenza radicale, che separa l'induzione dalla deduzione: l'una riposa sopra una probabilità, che può essere negata senza allontanarsi dalle regole della logica, l'altra costituisce una verità geometrica, che l'umana ragione non potrebbe disconoscere senza rinnegare se medesima. Non havvi alcuna contradizione nel supporre una inversione delle leggi della natura, a meno che non si prenda il punto di vista falso ed angusto della filosofia fatalista, la

(1) Si può sull'assunto consultare l'opera del signor Javary, e precisamente il lib. 2, cap. 3.

(2) A questa spiegazione generalmente ammessa, il signor Javery (nello stesso cap. 3), ne sostituisce un'altra molto più oscura, la quale consiste nello stabilire, che una legge irresistibile del nostro spirito ci costringe a supporre una natura universale di cui partecipano tutte le esistenze particolari.

Ma il signor Franck, nel suo rapporto all'Istituto, sulle memorie relative alla *Teorea della certezza* (pag. 247), contrasta con ragione, che « in tutte le applicazioni dell' induzione, nelle più umili come nelle più elevate, quando noi affermiamo, per esempio che il sole domani si leverà, o che l'aria è necessaria alla vita degli animali, il nostro pensiero si riporta immediatamente alla nozione dell' essere in se stesso, e dell'unità assoluta. » O la spiegazione del signor Javary non ha significato, o essa non fa che riprodurre, sotto un'altra forma, la dottrina di Reid, secondo la quale lo spirito umano è invincibilmente portato a supporre un ordine costante e generale nei fenomeni della natura.

Digitized by Google

quale nega la possibilità metafisica dei miracoli — Vi sarebbe, all'incontro, contradizione nei termini nel supporre che due e due fanno cinque.

Quando vuolsi ricondurre la induzione ad un sillogismo non si riflette che qualunque sillogismo, al pari di qualunque proposizione matematica, non altro racchiude che una verità ipotetica.

L'esatezza del ragionamento è in esso del tutto indipendente dalla esattezza della proposizione che forma la maggiore; poichè il sillogismo tende precisamente, come già cennammo [n. 10], a verificare la verità o la falsità d'una data proposizione. Si è per questo che la sintesi, la quale procede dal generale al particolare, è stata sovente qualificata come metodo d'insegnamento o di discussione, mentre l'analisi baconiana è stata caratterizzata metodo di scoverta.

Del resto il merito di Bacone [1] consiste meno nell'aver rimesso in onore il metodo d'induzione, già chiaramente esposto da Aristotile, che nell'essersi dato allo studio delle condizioni d'una buona esperienza, dove si escludono tutte le circostanze variabili e passeggiere per fare sorgere l'elemento permanente dei fenomeni.

12. Il rapporto il quale, nell'induzione, lega il fatto noto al fatto ignoto, suppone, secondo l'ordine dei fatti sui quali cadono le nostre osservazioni, o la costanza delle leggi della natura fisica, o quella delle leggi della natura morale.

13. E dapprima, le nozioni le più importanti e ad un tempo le più comuni poggiano sulla prima specie d'induzione, cioè sulla nostra fede alla costanza delle leggi della natura fisica. Allorchè noi diciamo che un corpo gode di una data proprietà fisica o chimica, che l'acqua, per esempio, scioglie talune sostanze messe in contatto con essa, o che essa entra in ebollizione ad una certa temperatura; noi ci fondiamo sul fatto d'aver sempre veduto, nelle stesse circostanze, manifestarsi gli stessi fenomeni, la dissoluzione, l'ebollizione. Quello che ci autorizza a trarre da questi fatti particolari una legge generale, una proprietà inerente all'acqua, si è la convinzione in cui siamo che il cammino della natura è sempre lo stesso; convinzione in certo modo ineluttabile, e corroborata altronde dalla quotidiana esperienza. Un gran numero di verità, comunemente ritenute per evidenti, non poggiano che sopra questa credenza. Così questa proposizione: *qualunque uomo è mortale*, sebbene universalmente ammessa, non è un assioma matematico, bensì una forte probabilità, poggiata sol motivo che avendo osservato che individui organizzati come noi, viventi insieme con noi, non hanno avuto che una esistenza limitata, tutto c'induce a credere che le stesse cause produrranno sopra di noi i medesimi effetti. Questa prima applicazione dell'induzione è dunque d'una utilità giornaliera, non meno che d'un alto interesse scientifico.

14. Ma l'osservazione dei fatti della natura non ci conduce sempre a risultamenti così certi. Così, nella medicina legale, i segni che indicano

(1) Mentre riconosciamo i servigi resi da Bacone allo studio delle scienze, siamo lontani dal professare una cieca ammirazione per uno scrittore che manifesta troppo sovente tendenze sensualiste, principalmente quando egli bandisce la ricerca delle cause finali, paragonandola ad una vergine santa colpita da sterilità.

Digitized by Google

la presenza di una sostanza velenosa nell'economia animale, sono sventuratamente equivoci; la quistione se siavi omicidio o suicidio, dietro l'ispezione del cadavere, è spesso delicatissima. L' induzione, in simili circostanze, non ha più la stessa certezza, essa non ci appresta altro che degl'indizii più o meno gravi, e ciò non già perchè le leggi della natura fisica non siano sempre costanti, ma perchè molte di queste leggi ci sono ancora ignote

15. Una induzione non meno comune è quella che poggia sull'osservazione delle leggi della natura morale. Una gran quantità di punti non ci viene attestata se non dalla dichiarazione dei nostri simili, e siccome noi abbiamo spesso riconosciuto per esperienza che la testimonianza dell'uomo in una data occasione è stata conforme alla verità, noi siamo indotti a credere che essa sia del pari veridica in altre occasioni nelle quali non ci è permesso di verificarne l' esattezza. Ma questa induzione non è come quella che poggia sulla permanenza delle leggi puramente fisiche. Il mondo morale non va soggetto a regole fisse ed invariabili. Se, da un lato, havvi una tendenza naturale degli spiriti verso il vero, come dei corpi verso il centro della terra, da un altro lato l'uomo, essendo libero, può ubbidire o disubbidire a questa tendenza, e molto sovente le di lui dichiarazioni sono menzogniere. Questo genere di pruova non deve quindi ammettersi che con riservatezza. Ma guardiamoci dallo scetticismo, il quale tenderebbe a rigettare assolutamente la fede dovuta alla testimonianza. Tutte le verità istoriche, un gran numero di verità scentifiche non poggiano sopra altra base: respingete questa base, e non può più esservi nè società nè civilizzazione. Si è la catena delle tradizioni quella che congiunge il passato all'avvenire, e che fa dell'intera umanità un uomo solo, arricchito d'età in età dei tesori accumulati dall'esperienza. Peraltro, il numero delle testimonianze vere è incomparabilmente maggiore di quello delle testimonianze false.

Havvi del resto un criterio al quale è difficile non accordare una grande fiducia: gli antecedenti del testimonio, l' accento col quale egli depone i fatti a lui noti, possono troncare ogni adito al dubio. La dichiarazione sincera di un uomo onesto non ha essa una forza simpatica che trascina la convinzione di tutti coloro che l'ascoltano? Insomma, respingere in un modo assoluto l'autorità della testimonianza è tanto impossibile, quanto sarebbe pericoloso ammetterla senza precauzione. La valutazione degli scritti in cui sono rapportati i fatti antichi, è l'oggetto di una scienza speciale molto interessante, la filosofia della storia. Ebbene! noi dobbiamo pei fatti attuali, attestati dai nostri contemporanei, usare le precauzioni medesime che prendono i critici giudiziosi, quando portano il loro studio sul passato.

16. Anche indipendentemente della fede dovuta alla testimonianza, l'osservazione delle leggi della natura morale può in moltissime circostanze condurci alla conoscenza della verità.

Nell'ordine morale, come nell'ordine fisico, possono esistere degl' *indizii*, che sono stati talvolta chiamati *testimonianze mute*, in contrapposto alla vera testimonianza, alla dichiarazione dell'uomo. Si è in tal guisa che la fuga di un imputato, quando la sua partenza non sembra avere alcun motivo, rende verosimile la di lui colpabilità. In questo caso e nei casi analoghi, la nostra

Digitized by Google

intelligenza s'impadronisce di taluni fatti morali per conchiuderne l'esistenza di taluni altri; nel modo istesso come, nelle scienze fisiche, l'osservazione di taluni fenomeni ci fa credere all'azione di talune cause. Del resto la forza degl' indizii morali, come quella degl'indizii fisici, è variabile all' infinito, secondo le circostanze.

17. Riassumendo, noi collocheremo tutto il sistema delle pruove sotto tre grandi categorie:

1. Evidenza, sia interna, sia esterna;

2. Deduzione, svincolando il noto dall'ignoto in cui trovasi racchiuso;

3. Induzione, muovendo dal noto per supporre l'ignoto: supposizione che si fonda sull' osservazione delle leggi della natura fisica o della natura morale.

A misura che le leggi della natura fisica sono a noi più o meno completamente rivelate dall'esperienza, havvi agli sguardi nostri certezza, ovvero probabilità più o meno forte.

Quanto alle leggi della natura morale, la più comune di tutte le pruove, la fede alla testimonianza, vi è intimamente legata. Inoltre nell'ordine morale vi sono, come nell'ordine fisico, dei semplici indizii.

Così classificate, le pruove seguono una progressione decrescente, che ha per primo termine il più alto grado d'evidenza interna, il sentimento della nostra propria esistenza, e per ultimo termine gl' indizii più leggieri, quelli che non altro possono produrre che un vago sospetto.

II. DEI DIVERSI GENERI DI PRUOVA IN MATERIA GIUDIZIARIA.

18. Proviamoci ora a classificare le pruove giudiziarie secondo il piano che abbiamo sopra adottato per le pruove in generale.

19. L' evidenza interna, che si presenta nella prima linea, è necessaria in dritto come in qualunque altra materia. Che penseremmo di un giudice che disconoscesse la sua propria esistenza? Ma una simile supposizione è inammessibile. Il cavillo più audace non potrebbe muovere simili dubii. L'evidenza interna è la base d'ogni certezza giudiziaria, come di qualunque certezza in generale, ed è una base incontrastata ed incontrastabile.

20. Sponemmo che l'evidenza esterna, sebbene meno infallibile, è quasi tanto sicura nella pratica quanto l'evidenza interna. Egli è vero che i sensi del giudice, al pari di quelli di qualunque altro uomo, possono ingannarlo; ma quando i fatti giungono a lui pel canale d'un terzo, il pericolo dell'errore è triplicato, poichè puossi ad un tempo temere un esperimento erroneo, un rapporto inesatto, finalmente un rapporto infedele. Qui gli ultimi due pericoli svaniscono, il giudice è a fronte della realtà, e quando egli ha l' intima convinzione d' aver veduto i fatti cogli occhi suoi propri, bisogna supporre circostanze ben estraordinarie perchè egli siasi ingannato. Questa esperienza personale, sebbene essa nella pratica giudiziaria non si presenti che eccezionalmente, vi esercita tuttavia una molto grave importanza. Può riuscire utile, tanto in materia civile, quanto in materia criminale, che il giudice si muova personalmente a prendere conoscenza dei fatti: questo avviene negli accessi sul luogo.

21. Esistono tuttavia taluni elementi i quali, sebbene siano sottoposti all'azione immediata dei vostri sensi, non potrebbero essere apprezzati da colui che non possiede conoscenze speciali sulla materia. Al-

Digitized by Google

lora, in quella guisa che noi ci serviamo d'istrumenti ottici per supplire all'imperfezione dell'organo dalla vista, il giudice, che non può avere conoscenze enciclopediche, prende in prestito dalla scienza soccorsi preziosi, onde ottenere un'analisi esatta degli elementi materiali che sono sotto i suoi occhi. La perizia, malgrado i suoi pericoli di errore inerenti alla natura delicata delle operazioni cui essa è diretta, è una branca importante della teoria delle pruove; essa è, del resto, il compimento indispensabile dell'esperienza personale, alla quale noi la rannoderemo [1].

22. Ma il giudice non è chiamato se noi in casi molto rari a prendere personalmente conoscenza dei fatti; e sebbene la perizia sia maggiormente in uso, pure debbesi confessare che essa non altro può ottenere che elementi puramente materiali, poichè gli altrui occulti disegni e concepimenti le sfuggono interamente. Quindi l'immensa maggioranza delle cause dovrà decidersi, non per l'evidenza o per l'aiuto dei periti, i quali possono avvicinarsi all'evidenza, ma pel soccorso di pruove propriamente dette, val quanto dire di elementi intermedii conducenti alla scoverta della verità. Noi abbiamo veduto che questi mezzi poggiano tutti sulla deduzione o sull'induzione.

23. Il metodo di deduzione, il quale consiste nel trarre da una proposizione nota le conseguenze che essa racchiude, occupa, senza dubbio, un gran posto nella scienza del dritto. Questo avviene quando si tratta del dritto stesso. L'applicazione ad ogni caso dei principii stabiliti dalla legge è in gran parte un lavoro di logica, ed è in questo senso che Leibnitz potè dire dei giureconsulti romani che i loro scritti giungono quasi all'esattezza delle dimostrazioni matematiche: » *Dixi saepius post « scripta geometrarum, nihil extare, « quod vi ac subtilitate cum romano- « rum jureconsultorum scriptis com- « parari possit* [2]. » Ma, come abbiamo già detto [n. 2], in questo libro non intendiamo parlare della pruova del dritto, e quindi per quanto concerne questa pruova, noi dobbiamo rinviare alle regole stabilite dai logici.

Che se la deduzione, per la parte in cui essa si lega alla pruova del dritto, si trova posta fuori del nostro subbietto, noi non dovremo neanco occuparcene per quanto riguarda la pruova del fatto. Ad eccezione, infatti, di talune quistioni di calcolo, dove trattasi solamente di verificare talune combinazioni d'elementi già percepiti per altre vie, i fatti non arrivano alla conoscenza del giudice pel mezzo della deduzione.

Per istruirci degli avvenimenti che non abbiamo potuto direttamente percepire, dovrassi, non già ricorrere al ragionamento astratto, sibbene interrogare le circostanze note per giungere alla conoscenza dell'ignoto, val quanto dire impiegare il metodo dell'induzione.

24. Noi abbiamo detto che l'induzione, base delle nostre più importanti conoscenze, tanto scientifiche, che istoriche, si lega al convincimento in cui viviamo della costanza, sia del-

(1) Anche questa pruova però si lega all'induzione, poichè essa poggia sulla fede dovuta ai periti, fede che suppone un merito anteriormente sperimentato, o almeno presunto per la garentia che offrono le conoscenze del perito.

(2) Se i giureconsulti classici non sono logici tanto severi quanto i grandi geometri, ciò non è perchè essi siano inferiori a loro; ma ciò avviene perchè la scienza del dritto trovasi nell'applicazione modificata da fatti positivi, come le leggi della meccanica astratta lo sono per le leggi dell'aria atmosferica.

Digitized by Google

le leggi della natura fisica, sia delle leggi della natura morale.

25. Certamente la costanza delle leggi della natura fisica, anche di quelle che sono attestate dalla esperienza universale, non è affatto una verità logica [n. 11], e non è contraditorio il supporre, per esempio, che le leggi della gravità possano essere sospese. Ma agli occhi del giureconsulto, il quale si preoccupa più della certezza pratica, che della verità astratta, la costanza di queste leggi è considerata come evidente. Quindi colui che volesse offrire la pruova di aver camminato sull'acqua, non sarebbe ammesso a fare aprire una pruova testimoniale per giustificare il fatto allegato. Un giudice illuminato non debbe certamente negare la possibilità metafisica d'un miracolo: ma i fatti miracolosi che possono meritare qualche fede istorica, sono in sì picciol numero comparativamente a quelli che non si allontanano dall'ordine naturale, che havvi una estrema probabilità di menzogna o di errore dal canto di colui che mette innanzi una simile pretesa. Or, perchè un giudice ordini la pruova di un fatto non basta che questo fatto sia rigorosamente possibile, ma bisogna che esso sia verosimile.

26. Se non è permesso d'impugnare seriamente in giudizio una legge costante della natura, e se quello che non è pei metafisici altro che una estrema probabilità, equivale allora pel giudice ad una certezza completa, ciò avviene perchè le nostre conoscenze sventuratamente non sono sempre abbastanza perfette per potere noi affermare, con intera fiducia, che un dato fenomeno sia stato prodotto da una data causa. Le leggi della natura da noi ben conosciute, sono ben poche se si mettono in confronto con quelle che noi ignoriamo, o delle quali non abbiamo che una nozione imperfetta. Troppo sovente, nella pratica giudiziaria e specialmente per tutto quello che si lega al meccanismo sì delicato, dei corpi organizzati, la scienza non potrà rispondere se non con congetture più o meno fondate alle domande che verranno ad essa dirette sulla causa di taluni risultati materiali, dei quali interessa ricercare l'origine. Allora noi non possediamo più quella certezza morale sulla quale riposa l'intelligenza, quando essa può poggiarsi sopra que' risultati dell' esperienza, formulati dalla teoria, che si è convenuto di chiamare *leggi della natura*. In simile ipotesi, la base della induzione diventa di molto più debole, e l'osservazione dei fatti materiali non altro appresta che semplici indizii. Noi ritorneremo fra poco su questi indizii materiali, ravvicinandoli agl'indizii tratti dall'ordine morale.

27. La specie d'induzione che occupa il più gran posto in giurisprudenza è quella che poggia sulla più importante delle leggi della natura morale, cioè sulla fede alla testimonianza dell'uomo. Qui, per *testimonianza* noi intendiamo non solamente la deposizione verbale dei testimonii propriamente detti, o dei terzi, sui fatti litigiosi, ma qualunque specie di dichiarazione dell'uomo, sia orale, sia scritta, relativamente ai fatti avvenuti. Noi vedremo che le pruove maggiormente in uso nella pratica giudiziaria hanno per base questa specie d'induzione, la quale sebbene sia lontana dall'essere infallibile, è affatto indispensabile. In questo senso, la testimonianza, in un affare litigioso, può provenire o dal convenuto, o dal terzo o dallo stesso attore.

La testimonianza del convenuto che si condanna da se stesso nella sua propria causa, è la confessione, la più grave tra le induzioni giudizia-

Digitized by Google

rie, ma che tuttavia, come vedremo, non è sempre infallibile. Alla confessione noi faremo tener dietro il giuramento decisorio, espediente estremo adoperato nella speranza d'ottenere una confessione tacita dalla coscienza dell'avversario, attore o convenuto, che rifiuta di giurare.

La testimonianza dei terzi estranei al litigio costituisce la pruova testimoniale propriamente detta.

Finalmente la legge permette di rimettersi alla testimonianza dell'attore medesimo, nel caso in cui essa autorizza, sia il giuramento suppletorio, sia talune affermazioni, anche non accompagnate da giuramento.

Ciascuna di queste testimonianze può essere ricevuta in giudizio nella sua forma ordinaria, ovvero circondata da talune condizioni imperiosamente richieste per la sua validità. Nel primo caso, la pruova può chiamarsi *semplice*, poichè essa non ha alcun carattere artificiale; nel secondo, essa è *legale* o *precostituita*. A quest'ultima classe appartengono gli atti sotto firma privata, i quali sono delle confessioni sottoposte a talune formalità; gli atti autentici, testimonianza resa in un modo solenne da uffiziali pubblici sopra fatti avvenuti alla loro presenza; finalmente i registri in cui i commercianti sono chiamati, osservando le condizioni legali, ad attestare i loro proprii dritti. Essendo la scrittura impiegata ordinariamente presso i popoli civilizzati come il mezzo di pruova più regolare, si è presa l'abitudine di confondere la pruova scritta colla pruova precostituita. Ma è facile convincersi che queste due espressioni non sono sinonime. Può convenirsi che da taluni segni, come le taglie, risulterà una pruova precostituita, senza scrittura; e reciprocamente uno scritto, come sarebbe una lettera, potrà non avere alcuno de' caratteri della pruova precostituita o legale (1).

28. L'induzione fondata sulle leggi della natura morale può legarsi ad altri elementi oltre a quello della testimonianza dell'uomo. Nell'ordine morale, come nell'ordine fisico, esistono dei fatti che rendono più o meno probabile l'esistenza di quelli che la giustizia vuole verificare. Così, la fuga dell'imputato, un tentativo di suicidio saranno sovente indizii di colpabilità non meno rilevanti di quelli attinti negli elementi puramente materiali dell'istruzione. Alla classe degl'indizii morali appartengono gli antecedenti, ai quali si attacca con ragione una grande importanza. Ma gl'indizi, tanto materiali che morali, hanno generalmente minor forza della testimonianza dell'uomo, e prima di trarne delle conclusioni sempre più o meno congetturali, debbonsi studiare con accuratezza tutte le circostanze della causa.

29. Il nome di *pruova* è ordinariamente riservato ai modi di dimostrazione, siano semplici, siano legali, che poggiano sulla fede che si presta alla testimonianza. L'induzione che riposa sopra soli indizii, presa nell'ordine fisico o nell'ordine morale, dà nascimento alle così dette *presunzioni*.

L'articolo 1349-1303 del codice civile definisce le presunzioni *le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto*. Questa definizione, presa alla lettera, abbraccerebbe l'induzione tutta intera, e per conseguenza le pruove propriamente dette, non meno che le presunzioni. Nella pruova letterale, per esempio, si conchiude da

(1) Si è in tal guisa che, nella distinzione del *jus scriptum*, e del *jus non scriptum*, per iscrittura s'intende la promulgazione.

Digitized by Google

un fatto noto, qual' è l'esistenza di uno scritto rivestito di talune forme, ad un fatto ignoto, qual'è l'esistenza di una convenzione intervenuta sopra un dato punto, tra certe persone. Pur tuttavia non è questo quello che dal codice vien chiamato presunzione. Qui il fatto noto, lo scritto, ha avuto precisamente per oggetto la pruova del fatto ignoto, la convenzione. Or, non havvi propriamente presunzione quando il fatto noto è adoperato, per così dire, all'uso suo naturale.

Ammesso una volta il principio della testimonianza, l'induzione che ci conduce dallo scritto alla convenzione è un'operazione così semplice, che rimane quasi inosservata. Lo spirito vi giunge tanto agevolmente, che la pruova sembra diretta. Non avviene lo stesso quando io da talune vestigia trovate sul sentiero che conduce al luogo del misfatto, conchiudo per la colpabilità di colui al di cui piede corrispondono perfettamente le orme. Queste traccie non hanno affatto per oggetto quello che io intendo provare. Qui la fede alla testimonianza non opera più, non trattasi che d'un segno muto più o meno equivoco. L'operazione dello spirito per la quale io dal ravvicinamento delle traccie conchiudo per la colpabilità non poggia più sopra principii comunemente ammessi, ma sopra una congettura della mia mente. Qui havvi quello che i giureconsulti inglesi hanno molto felicemente chiamato *costruzione*. Quindi essendo il risultato dell'operazione più incerto che nell'altra specie d'induzione, quello che havvi d'artifizioso nella conclusione si discerne più agevolmente. Si dice allora che io *traggo* la conseguenza dal fatto noto al fatto ignoto; non havvi in ciò che una presunzione.

Molto male a proposito adunque l'articolo 1350-1304 colloca fra le presunzioni la confessione della parte ed il giuramento, li quali, al pari delle scritture e dei testimonii, sono pruove propriamente dette. Del resto i redattori del codice civile non hanno persistito in questa cattiva classificazione, poichè essi consacrano in prosieguo alla confessione ed al giuramento delle sezioni separate.

30. La distinzione da noi stabilita tra le pruove semplici e le pruove legali, si applica anche alle presunzioni. Secondo l'articolo 1349-1303, esse sono le conseguenze che *la legge o il magistrato* deduce, ec. Sonovi adunque delle presunzioni per le quali il giudice è abbandonato ai suoi proprii lumi, dove la sua ragione deve guidarlo nell'uso sì delicato delle congetture giudiziarie, come lo guiderebbe negli affari ordinarii della vita. Si possono chiamare *presunzioni semplici*. Ve ne sono delle altre in cui la legge, muta per motivi d'alto interesse, deduce essa medesima imperiosamente la conseguenza, come allorquando dal matrimonio con una donna essa ne conchiude la paternità dei figli che vengono a nascere da lei. Queste vengono dette *presunzioni legali*.

31. Riassumendo, ecco ad un dipresso l'ordine col quale tratteremo i diversi generi di pruova che formano l'oggetto del presente trattato:

PRIMA CATEGORIA.

Esperienza personale.

Accesso sul luogo.
Perizia, compimento dell'esperienza personale.

SECONDA CATEGORIA.

Fede alla testimonianza.

Pruove propriamente dette che si suddividono in:

Digitized by Google

Pruove semplici:

Confessione (alla quale si lega il giuramento decisorio).
Pruova testimoniale.
Dichiarazione dell'attore (alla quale si lega il giuramento suppletorio).

Pruove precostituite:

Scrittura privata.
Titolo autentico.
Registri dei mercatanti.

TERZA CATEGORIA.

Presunzioni:

Semplici.
Legali.

Si vede che noi lasciamo fuori del nostro piano l'evidenza interna, che è assolutamente incontestabile; la deduzione, che è straniera alla pruova del fatto; finalmente l'induzione fondata sulla costanza delle leggi della natura, che dà troppo raramente origine a difficoltà d'importanza.

32. Questi diversi generi di pruova possono talvolta sorreggersi reciprocamente; ciò avviene quando è necessario passare per diversi termini intermedii onde giungere al fatto di cui vuolsi stabilire la verità, e quindi la pruova medesima ha bisogno d'essere provata. Così l'accesso sul luogo o la perizia spesso non riescono ad altro che a provare l'esistenza d'indizii materiali; così l'esistenza di uno scritto perduto, d'un testamento, per esempio, può essere provata per via di testimonii. Altre volte, una stessa pruova, si riproduce, per così dire, a diversi gradi. Così, taluni testimonii rapportano il discorso di primi testimonii, che sono stati presenti ai fatti su cui cade la controversia; così, il tenore d'una scrittura originale è riprodotto, più o meno fedelmente, in una copia. Finalmente può esservi pruova della pruova in terzo, in quarto grado ec. Tale si è il carattere delle copie di copie, menzionate nell'articolo 1335-1289 del codice civile. È evidente però che a misura che si allontana dalla sorgente, la pruova scema di forza: verità di che la legge fa l'applicazione alle diverse specie di copie [lo stesso articolo 1335-1289]. Si è con molta aggiustatezza paragonata questa diminuzione della probabilità all'estinzione della luce degli oggetti per la interposizione di varii pezzi di vetro: un numero di pezzi poco considevole basta per togliere la vista del corpo che un solo pezzo lasciava scorgere distintamente.

Onde non istancare la mente con una divisione troppo complicata della nostra materia, noi siamo d'avviso che torni meglio non fare una categoria separata delle pruove di pruove, e, limitandoci a quelle di maggiore importanza, rannodare puramente e semplicemente alla pruova testimoniale quello che concerne la testimonianza indiretta, alla pruova scritta quello che concerne le copie.

33. Questo trattato conterrà dunque tre parti, corrispondenti alle tre categorie di pruove sopra indicate.

Ma, prima di trattare ciascuna pruova in particolare, è d'uopo esporre talune idee generali sull'andamento della pruova nella procedura.

Noi riserveremo, all'incontro, per la quarta parte di questo trattato talune considerazioni sull'effetto retroattivo e sul dritto internazionale in materia di pruove: considerazioni che non possono essere ben comprese quando non siansi precedentemente studiati i diversi generi di pruova giudiziaria.

Digitized by Google

NOZIONI GENERALI

SULL'ANDAMENTO DELLA PRUOVA

34. Due persone sono in contesa relativamente ad un punto. Si ricerca prima d'ogni altro quale delle due deve provare la verità della sua pretesa? La quistione non è senza interesse. Riesce infatti più agevole combattere le allegazioni del suo avversario che dover giustificare le proprie. Chi deve provare? Ecco la prima quistione che noi dobbiamo esaminare.

Ma, in difetto di pruova sufficiente dalla parte di colui che ha l'obbligo di provare, che dee fare il giudice? Questa è la seconda quistione, che tien dietro immediatamente alla prima.

Finalmente che cosa si può provare? Esistono fatti di cui la legge non vuole che si acquisti officiale conoscenza per le vie giudiziarie? Sarà questo il terzo argomento del nostro esame.

1. CHI DEVE PROVARE.

35. È un principio di ragione e di sicurezza sociale ad un tempo, che colui che vuole innovare deve dimostrare che la sua pretesa è fondata. Questo principio è stato sempre ammesso in materia personale. Se io dico di essere creditore, è mestieri che io dimostri l'obbligazione del mio preteso debitore, altrimenti non posso costringerlo a pagare. In materia reale, noi veggiamo che il dritto romano primitivo, nella procedura delle azioni della legge, metteva le due parti sulla medesima linea. Ma poscia il dritto pretorio stabilì una presunzione anche in favore del possessore, presunzione che si è mantenuta sino ai nostri giorni [*].

Queste due verità si esprimono con una formola più generale, quando si dice che incombe all'attore fare la pruova; poichè il non-possessore ed il preteso creditore sono costretti e farla da attori. Ma allorquando, fatta la pruova della domanda, l'altra parte allega a sua volta, sia una eccezione propriamente detta, come sarebbe il pagamento, sia una dilatoria, come sarebbe il termine di tre mesi e quaranta giorni per far l'inventario e deliberare, è dessa quella che deve giustificare il fatto che allega: *reus*

(*) Questo principio è ripetuto in diverse leggi. La legge 128, dig. *de reg. iur.* porta: *In pari causa possessor potior haberi debet.* Nella legge 126 dello stesso titolo si dice: *Cum de lucro duorum quaeratur melior est causa possidentis.* Vedi parimenti in proposito le leggi 33 e 154 dello stesso titolo; leg. 9, § 4, dig. *de publiciana in rem actione*, e leg. 5, § 1, *de Calumniis.* Il Traduttore.

Digitized by Google

in exceptione actor est [Ulp. leg. 1, *Dig. de probat.*] Se l'attore primitivo replica a sua volta, spetterà a lui provare che la sua replica è fondata, e così di seguito sino all'infinito. In una parola, chiunque allega un fatto nuovo, contrario alla posizione acquistata dall' avversario, deve provare la verità di questo fatto [1].

Questi principii, i quali altra cosa non sono se non la ragione ed il buon senso applicati alla procedura sono anche i soli che siano stati consagrati dal codice civile nel trattare della pruova delle obbligazioni, ed è fuor di dubbio che quello che è detto sotto questa rubrica deve applicarsi alle pruove in generale: « colui che domanda la esecuzione di una obbligazione, dice lo articolo 1315-1269, dee provarla — Reciprocamente, chi pretende di esserne stato liberato, dee giustificare il pagamento, o il fatto, che ha prodotto la estinzione della sua obbligazione. »

36. Aggiungiamo tuttavia, che questa ultima regola non dev' essere in tutto il suo rigore seguita in materia criminale (2). — Ivi, se devesi applicare in tutta la sua estensione

(1) L'esposizione di queste regole, tanto elementari ed incontrastabili, basta per far toccare col dito la poca ragionevolezza della spiegazione adottata da talune menti illuminate, relativamente alla difficoltà che si eleva sul celebre *sane uno casu* del titolo *de actionibus* § 2, nelle Istituzioni. Il caso unico (al di là delle azioni confessorie e negatorie) in cui il possessore sarebbe obbligato a provare, sarebbe l' ipotesi d' un proprietario il quale, ricoverando il possesso del suo fondo che stava per essere usucapito, si trova esposto all'azione publiciana, e ridotto a provare che egli è nel caso dell' eccezione *justi dominii*, cioè che egli è proprietario del fondo stesso che possiede. Ma nulla di più semplice di questa pretesa singolarità, nulla di più facile a conciliare coi principii che proteggono il possesso.

Colui che intenta l' azione publiciana, non essendo nel possesso, è obbligato a provare che egli era nelle condizioni richieste per l'usucapione. Or, fatta questa pruova, il convenuto vuole stabilire che egli è proprietario. Può forse credersi alla sua parola, quando l'attore ha chiaramente provato che egli aveva la cosa *in bonis*? No certamente; le parti sono necessariamente intervertite. Il convenuto invoca un fatto nuovo, pel quale egli si costituisce attore. Spetta a lui la giustificazione. La presunzione che il possesso creava in suo favore nella prima fase del giudizio, è svanita in faccia alla pruova fatta dall'altra parte. Da questo punto in poi egli non è più reputato come possessore, e la massima *favorabiliores sunt rei quam actores*, perde tutta la sua forza, quando il credito è provato. L'anomalia consisterebbe precisamente nel decidere il contrario. Qui non havvi affatto una sottigliezza propria del dritto romano. Presso di noi, ed in tutte legislazioni moderne avverrebbe lo stesso nell'ipotesi in cui un depositario venisse a scoprire che egli è proprietario dell'oggetto depositato. Fatta la pruova del deposito contro di lui, invano egli invocherebbe il possesso per dispensarsi dal provare che l'oggetto gli appartiene. Gli si risponderebbe che il principio che dispensa il possessore dalla pruova non si è mai ad altro applicato che alla difensiva contro la domanda primitiva, e non all' offensiva che forma l'oggetto di una domanda riconvenzionale. Non havvi dunque, nella specie, alcuva eccezione ai principii ben costanti della materia, e questa tanta decantata spiegazione non è guari migliore di quella che consisteva nel leggere *non uno casu*.

Quello che noi saremmo più disposti ad ammettere, sull'autorità di varii manoscritti di Teofilo, si è, che bisogna piuttosto leggere: *sane hoc uno casu*, ed applicare semplicemente il testo alle azioni confessoria e negatoria, nelle quali il possessore in Roma poteva disimpegnare la parte di attore (vedi Paolo, leg. 5, p. 6, dig. *si ususfr. pet.*) il che deriva dalle traccie che in materia di servitù avea lasciato il sistema delle *legis actiones*, nelle quali non si badava punto al possesso anteriore al litigio. Vedi la tesi di licenza sostenuta, il 13 agosto 1836, dal sig. di Gaslonde, Professore onorario alla Facoltà di dritto di Dijon, relatore presso il consiglio di Stato.

(2) Vedi su questo punto il sig. Mittermayer, *della pruova in materia criminale* cap. 17.

Digitized by Google

a colui che dirige l'accusa, la massima *onus probandi incumbit actori*, ed esigere di conseguenza da lui una dimostrazione piena ed intera della colpabilità dell'accusato, non può dirsi lo stesso, in quanto all'accusato, della massima; *reus excipiendo fit actor* — Il convenuto il quale, tradotto in giudizio in forza di un credito, allega il pagamento, deve provarlo completamente, e non già renderlo solamente verosimile —

All'incontro l'accusato che allega un fatto di giustificazione, o di scusa, non è obbligato a giustificarlo in una maniera tanto precisa, e la probabilità del fatto allegato dev'essere sufficiente per motivare la di lui liberazione — Questo è vero, principalmente in una procedura criminale come la nostra, nella quale, come vedremo, domina il sistema inquisitorio; mentre il sistema accusatorio, che stabilisce una specie di lotta in campo chiuso tra l'accusatore e l'accusato, si avvicina maggiormente ai principii della procedura civile.

37. Malgrado l'ammessione dei principii generali da noi or ora stabiliti, si è più fiate proposto di restringerne l'applicazione al caso in cui l'attore alleghi un fatto positivo; poichè se si tratta d'un fatto negativo, l'attore non può, dicesi, essere obbligato a dimostrarlo, e quindi ha dritto a riversare la pruova sul suo avversario.

Per combattere questa idea, è mestieri dapprima dimostrare che la pruova di un fatto negativo non è impossibile. — Indi, noi stabiliremo che il peso della pruova dee sempre incumbere all'attore, sia che egli affermi, sia che egli neghi.

PRIMO PUNTO.

La pruova di un fatto negativo è dessa impossibile?

38. Non fa l'uopo di profonde riflessioni per convincersi della possibilità di provare una negativa. Non si giunge forse ad ogni istante alla dimostrazione chiara ed irrefragabile d'una proposizione negativa, per esempio, di questa: una servitù di passaggio non è suscettibile di prestazione parziale? L'opinione contraria condurrebbe a questa conseguenza, che basta enunciare per essere rigettata, che chiunque volesse negare una massima ricevuta, dovrebbe essere respinto *a priori*, come quegli che si accingerebbe ad una pruova impossibile. Ma chi non vede che, il più sovente, in una discussione, quando l'uno sostiene l'affermativa e l'altro la negativa, havvi d'ambo le parti un'allegazione ben positiva, ben suscettibile d'essere chiaramente dimostrata, che tutta la differenza sta nella sola forma, nel modo di porre la quistione? Io affermo che Paolo è ricco; voi lo negate. È agevole verificare chi di noi abbia ragione, e voi, per fare la vostra pruova, non siete più imbarazzato che se voi aveste affermato che egli era povero, ed io avessi negato la vostra asserzione. Si è in tal guisa che si volge in affermazione questa proposizione in apparenza tutta negativa: una servitù di passaggio non è capace di prestazione parziale. Determinando la natura ben positiva, ben precisa del passaggio, si giunge a conoscere che è della sua essenza effettuarsi in totalità: il che conduce al rigetto della proposizione che lo considerava come divisibile. Così, sotto la scorza d'una negativa si nasconde un'affermazione

Digitized by Google

ben netta; questo è ciò che gli antichi dottori chiamarono, nel loro linguaggio energico, una negativa generatrice, *negativam praegnantem*. Essa consiste nell'allegazione d'un fatto manifestamente incompatibile con un altro fatto precedentemente allegato, fatto che, sebbene articolato sotto una forma negativa, non è per questo men positivo [1].

In questa classe rientrano le negative chiamate *negative di qualità e negative di dritto*. Havvi negativa di qualità, quando, per esempio, si contrasta a taluno la qualità di Francese, il che equivale a dire che egli è straniero: proposizione capace d'una pruova diretta. La negativa di dritto, che si lega alla stessa idea, consisterà, per esempio, nell'impugnare, in fatto, l'esistenza di una delle condizioni richieste per la validità d'un testamento, il che equivale a dire che il testamento contiene un vizio materiale, vizio che, se esiste, è agevole riconoscere. Così la corte di cassazione, con arresto di rigetto del 21 novembre 1826, decise che quegli il quale pretende che il suo avversario sia incorso in una decadenza, per non aver prodotto i suoi titoli entro un certo termine, può e deve provarlo, poichè si può stabilire la mancanza di produzione tanto chiaramente quanto la produzione medesima, verificando il processo verbale del giudice incaricato di dirigere l'operazione.

39. Ma s'egli è vero che quando nego una qualità, io affermo necessariamente la qualità contraria, che quando nego l'adempimento di condizioni legali, io affermo implicitamente l'esistenza materiale di uno stato di cose contrario alla legge, la *negativa di fatto* non può più essere messa in dubbio. Quando si mette innanzi un fatto preciso, determinato, sembra che la negazione di questo fatto abbia qualche cosa d'inconcepibile, che sfugge all'analisi. Da ciò la vecchia massima: *magis creditur duobus testibus affirmantibus, quam mille negantibus*. Eppure è fuor di dubbio che la negativa di questo stesso fatto è capace d'una pruova diretta. Questo avverrà se essa consiste nell'allegazione d'un altro fatto positivo, di cui l'esistenza sia incompatibile con quella del fatto precedentemente allegato, per esempio, se un imputato adduce un *alibi*. Si ricade allora nella negativa generatrice dei dottori, e la difficoltà svanisce per intero. Però se in pro della negativa non esistono argomenti così decisivi, la pruova di essi rendesi allora più malagevole di quella dell'affermativa. Ma da che deriva questo? Ciò non si avvera perchè, come generalmente si suppone, sia impossibile provare una proposizione negativa, poichè noi abbiamo testè veduto che siffatta pruova è possibile in una infinità di circostanze; ma perchè qui la negativa è indefinita. Circoscrivetela, opponete ai testimoni che dichiarano aver veduto commettere il reato, altri testimoni, i quali, presenti nello stesso luogo e nella stessa ora, dichiarino nulla aver veduto, e la seconda pruova

(1) Ciò è molto bene spiegato da Beaumanoir (Cout de Beauvoisis, cap. 39, n. 50) « Tout soit ce que la negative ne se puist prever, c'est à entendre quant ele est mise avant tout simplement. Mes on i pot bien tel coze ajouster qui quiet en prueve, par la quele proeve il apert que la negative, que li deffenderes me avant est vraie. Si comme se uns hons me demande vingt livres, et je li ni que je ne li dois pas, car je li ai paiès, on il les mes a quités: in tel cas et en sanllavles fes je le negative prains d'une affirmative; car si je proeve le pajement, donques ai-je bien prové que je ne li devoie pas. »

Digitized by Google

avrà tanta forza quanto la prima.

Ma le cose avvengono raramente in siffatto modo; quegli che nega è per lo più costretto a ricorrere ad induzioni, ed allora la sua posizione è meno favorabile, non già perchè egli nega, ma perchè egli fa poggiare la sua pruova negativa sopra fatti più o meno vaghi. « *Si nega-« tiva indefinita probari non potest* « (dice Coccejo), *id non inde est,* « *quia negativa, sed quia indefinita:* « *nec affirmativa indefinita potest.* »

Così se io affermo in generale che voi siete stato corrotto, se vi accuso di malversazione, senza poter precisare in che, nè come, sarà una proposizione affermativa anch'essa non capace di pruova. E perchè? perchè essa è indefinita.

Progrediamo più oltre, procurando di penetrare nel fondo delle cose. Ogni proposizione allegata è o nuda, o sorretta da pruova. Nel primo caso, è evidente che l'affermazione o la negazione non ha altro valore all'infuori dell'autorità personale di colui che le mette innanzi. Nel secondo caso, sia che la si affermi, sia che la si neghi, nel prodursi degli argomenti, si allegano dei fatti più o meno precisi, dei quali si assume la dimostrazione. Così, l'accusato che sostiene la propria innocenza, non può poggiare la sua negativa se non sopra fatti giustificativi che egli afferma. « *Cer-« te, si diligenter attendas,* dice la « glossa, *non est aliqua negativa,* « *quae tacitam non habeat affirma-« tivam.* » Se la proposizione negativa dell'accusato non riposa talvolta che sopra deboli induzioni [*probat per obliquum negativa*], non avviene forse troppo sovente lo stesso della proposizione affermativa dell'accusatore? I fatti allegati tanto dall'una come dall'altra parte possono essere o perfettamente precisi, o affatto inconcepibili, o tali da presentare una di quelle leggiere differenze, che separano questi due estremi. Ma non bisogna supporre che siano inconcepibili per la sola ragione che essi vengono in sostegno di una proposizione negativa.

Qual cosa più precisa di un' *alibi?*; Qual cosa più vaga di un'accusa poggiata unicamente sopra i cattivi antecedenti dell'imputato?

Ma, si dirà, sonovi delle negazioni le quali, per la natura loro, sfuggono affatto alla pruova, come sarebbe la seguente: io non ho mai incontrato Tizio. Questa eccezione apparente rientra nella regola generale, la quale in ogni negazione scorge una implicita affermazione. Per provare, che io non ho mai incontrato Tizio, bisognerebbe che io avessi dei testimoni che non mi avessero mai perduto di vista in tutta la mia vita, e che rendessero conto di tutti i miei andamenti: pruova positiva, ma moralmente impossibile. — Qui la negativa si risolve in un numero infinito di proposizioni affermative, come la linea curva si scompone in linee rette. — I fatti, isolatamente presi, sono perfettamente positivi; la difficoltà consiste nella moltiplicità loro. Or, la stessa impossibilità morale, provveniente dalla natura complessa di una proposizione semplice in apparenza, può rinvenirsi in una proposizione affermativa, come la seguente: io ho sempre portato al dito tale anello.

40. Riassumendo, ogni pruova d'una negazione, se pure essa merita il nome di pruova, suppone l'affermazione di taluni fatti. O questi fatti sono fatti precisi, direttamente opposti a quelli che può invocare l'avversario, il che avviene sempre nelle negazioni di dritto o di qualità; ed allora la negativa è generatrice, essa conduce ad una affermazione positiva,

Digitized by Google

palpabile: o essi, il che avviene spesso nella negazione, sono indefiniti; ed allora la pruova sarà, egli è vero, difficile, talvolta ancora moralmente impossibile, ma avverrebbe lo stesso d'una proposizione affermativa composta dei medesimi elementi: *non quia negativa, sed quia indefinita.*

SECONDO PUNTO

Il peso della pruova deve in tutti i casi gravare su colui che afferma?

41. Il sistema che vuole sostituire alla massima, che, attore è quegli che deve provare, l'altra che la pruova incombe, in tutti i casi, a colui che afferma, e non mai a colui che nega, può fondarsi sopra talune considerazioni astratte e sopra l'autorità di taluni testi del dritto romano. Proviamoci a valutare la forza degli argomenti che esso trae da questi due ordini d'idee.

42. Primieramente si mette in campo la logica, e si dice: la somministrazione della pruova d'un fatto negativo è quasi impossibile; quella d'una proposizione affermativa è facilissima. La giustizia deve scegliere la via che la conduce con sicurezza allo scopo, anzicchè quella la quale, al pari di un angiporto, non mena ad alcun punto. È consentaneo alla ragione non meno che all'utilità pratica imporre sempre la pruova a colui che afferma anzi, che a colui che nega.

Noi abbiamo già distrutta la base di questo argomento dimostrando che la pruova d'una negazione è possibilissima. Ma spingiamoci più oltre; abbiasi per non avvenuto quello che noi crediamo aver dimostrato sino all'evidenza, che qualsivoglia negazione si risolve in affermazione, e ricade, di conseguenza, nel demanio della pruova: ammettiamo per poco che non si possa provare altro all'infuori di una proposizione affermativa nella forma: il sistema contrario riporterà forse per questo la vittoria? No, per fermo. La massima che niuno è tenuto all'impossibile è perfettamente applicabile quando si tratta d'una obbligazione legale, alla quale siamo sottoposti senza partecipazione della nostra volontà. Ma non perdiamo di vista la regola fondamentale di questa materia, stabilita dall'articolo 1315-1269 del codice civile. Quegli che reclama qualche cosa in giudizio, vuole innovare, poichè egli attacca, o il possesso positivo del suo avversario, se trattasi d'un dritto reale, ovvero, in materia personale, quella specie di possesso della sua libertà nella quale trovansi tutti coloro contro dei quali non è stata provata l'esistenza di una obbligazione che li sottoponga ad altri. Spetta a lui giustificare l'assertiva sua, poichè nulla si presume all'infuori delle presunzioni stabilite dalla legge. Per qual ragione pretende egli riversare il peso delle pruove sull'avversario? Forse perchè gli è impossibile provare l'assunto suo? Ma allora perchè viene egli ad occupare la giustizia della sua pretesa? Come! egli ritiene per principio che spetta a lui provare l'esistenza del dritto suo, e, perchè non ha la forza di giungervi, egli vorrebbe imporre la parte attiva della procedura all'avversario, il quale altro non reclama se non la conservazione dello *statu quo!* In tal caso le proposizioni le più assurde sarebbero le più utili ad allegarsi, poichè la stessa impossibilità di provarle metterebbe la pruova a carico del convenuto. Vuolsi veramente tutta la forza delle tradizioni e dell'abitudine per comprendere come simili argomenti abbiano potuto fare impressione sopra ingegni svegliati.

43. Insostenibile agli sguardi della

Digitized by Google

ragione, il sistema che dispensa l'attore dal provare una negativa, può almeno invocare l'autorità dei giureconsulti romani? Esso è stato, si dice, formulato da Paolo, nella legge 2, *dig. de probat.: Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat.*

Ma, primieramente, le pretese regole di dritto, esposte da Triboniano, spesse non sono altro che osservazioni isolate degli antichi giureconsulti alle quali si dà estensione esagerata, staccandole da tutto quello che precede e che segue. Però, anche prendendo il testo di Paolo per generale, esso non dice necessariamente che l'attore non deve provare se non quando enuncia una proposizione affermativa. Esso può significare semplicemente che la pruova incombe a colui che emette una proposizione e non a colui che si limita a negarla; il che rientrerebbe nella regola generale, la quale impone l'obbligo della pruova a chiunque allega un fatto nuovo, tanto nella domanda, che nella difesa.

Siffatta interpretazione viene maggiormente afforzata dal senso apertissimo di un altro testo invocato a contro-senso dall'opinione volgare. Chi non ha inteso ripetere quell'adagio: *Factum negantis probatio nulla est*, come espressione dell'impossibilità di provare una negativa? Ebbene! quest'adagio si ritrova effettivamente nel *Corpus juris*, ma con un significato tutto differente da quello che gli viene comunemente attribuito.

Un rescritto di Diocleziano e di Massimiano, che forma la legge 23, nel codice *de probationibus*, è così concepito: «*Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.*» Tratterebbesi forse qui d'un fatto negativo, di cui l'attore riversa la pruova sulla parte avversa? Nulla di questo. Il rescritto, per l'opposto, ha per iscopo di proteggere il convenuto contro le pretese di un attore il quale, disperando di provare, vorrebbe imporne l'obbligo all'avversario. E qual'è il motivo di siffatta decisione? Esso si è che quegli il quale si limita a negare le proposizioni allegate contro di lui non ha cosa alcuna a provare. Gl'Imperatori decidono adunque che spetta all'attore somministrare la pruova, qualunque siane la difficoltà. In tal guisa, lungi dall'adottare il sistema che autorizza l'interversione delle parti, essi consacrano nella maniera la più formale il principio che obbliga l'attore a giustificare il dritto suo. *Factum negantis probatio nulla est* significa evidentemente qui che non havvi obbligazione di provare per colui che si restringe ad una sola negazione. Or in quale occasione è egli permesso di trincierarsi dietro in una semplice negazione? Quando si sta sulla difensiva, cioè quando si sostengono le parti di convenuto, sia alla domanda, sia all'eccezione. Questo è probabilmente ancora tutto quello che intendeva dire il testo di Paolo: *Onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat.*

Eravi, egli è vero, un caso in Roma nel quale colui che avrebbe dovuto provare una negativa era autorizzato a riversare la pruova sull'avversario. Questo caso era quello nel quale il convenuto, tradotto in giudizio in virtù d'una scrittura o d'una stipulazione dalla quale nasceva direttamente l'obbligazione di pagare una data somma, invocava l'eccezione *non numeratae pecuniae*. Sebbene il convenuto per una siffatta eccezione si costituisse attore, egli aveva nondimeno il dritto di esigere dal preteso creditore la pruova della numerazione del denaro. Ma questa decisione è assolutamente speciale, interamente eccezionale, e deriva da due cause:

Digitized by Google

in primo luogo, dalla frequenza di questo genere di pruova in Roma, frequenza attestata dal gran numero di testi che ne fanno menzione [*]; in secondo luogo, dalla tendenza della giurisprudenza romana a svincolarsi dalle forme rigorose della stipulazione e dell'obbligazione letterale [1]. Questi due motivi sono oggi assolutamente inapplicabili; e però siffatta dottrina è stata in Francia rigettata sin da molto tempo: « L'eccezione del denaro non numerato non si ammette » dice Loisel [2].

Del resto, era questo il solo caso in cui s'intervertissero in Roma i principii della pruova. La regola che la mette in tutti i casi a carico del convenuto trovasi nettamente formulata da Africano nella legge 15, *dig. de operis novi nuntiatione*. Dopo d'aver supposto che la parte citata ricusa di difendersi, sia in un'azione confessoria, sia in un'azione negatoria, il giureconsulto dice, senza distinguere: « Hactenus is, qui rem non « defenderet, punietur, ut jure suo « probare necesse haberet: id enim « esse, petitoris partes sustinere. » Quindi, sia che trattisi d'una affermazione, sia che trattisi d'una negazione, il convenuto che non vuole difendersi vien costretto ad assumere la parte di attore, val quanto dire a provare. L'attore deve adunque somministrar la pruova anche in una azione negatoria (3).

44. Ma come provare che non esiste servitù sul fondo che io posseggo? È questa una di quelle negative indefinite che sfuggono ad ogni dimostrazione. In simili casi i seguaci della dottrina da noi qui sostenuta hanno adottato un ripiego, il quale consiste nell'obbligare il convenuto, non già a provare il dritto suo, ma a giustificare il titolo al quale esso lo lega, per esempio una donazione, un testamento. La controversia sarà allora collocata sopra un terreno positivo, e diverrà possibile per l'attore provare che questo titolo non esiste. Se egli non vi riesce, la di lui pretesa verrà rigettata; se, all'incontro, vi riesce, la presunzione starà in suo favore, e spetterà al convenuto, che è rimasto perdente una prima volta, a giustificare, se egli lo può, l'esistenza d'un altro titolo.

Siffatto ripiego non è derivato unicamente dalla pratica; esso è perfettamente conforme ai principii che noi abbiamo stabilito nella prima parte di questo articolo. Noi abbiamo osservato che, quando una proposizione negativa non può essere provata, ciò avviene perchè essa è indefinita; rendetela definita concentrandola sopra un punto, e non saravvi cosa più agevole che uscire dall'imbarazzo [4].

45. Riassumendo, per ridurre la quistione alla sua più semplice espressione, prendendo in prestito le forme

(*) Le leggi romane consagravano un apposito titolo a questa eccezione. V. codice lib. IV, tit. XXX, *de non numerata pecunia*. Questa eccezione veniva ancora riprodotta nel lib. V, tit. XV, cod. *de dote cauta non numerata;* nel lib. VIII, titolo XXXIII, cod. *si pignoris conventionem numeratio paecuniae sequuta non sit*, e nella novella 100, *de non numerata dote*. *Il Traduttore.*

(1) V. *Spiegazione istorica delle Istituzioni*, pel signor Ortolan, al titolo *de litterarum obligatione*.

(2) *Instit. coutum.*, libro 5, titolo 2, § 6.

(3) Attesocchè, dice l'arresto del 21 novembre 1826, citato di sopra, l'impossibilità stessa di provare non altera le qualità delle parti, e non fa ricadere sul convenuto l'obbligazione d'una pruova, la quale, formando la base della domanda, è essenzialmente a carico del convenuto: *Frustra veremini ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur.* » (Legge 8 del codice *de probationibus.*).

(4) Attesocchè, dice lo stesso arresto

Digitized by Google

della logica, l'opinione che noi abbiamo procurato di combattere, può ricondursi al seguente sillogismo: una proposizione negativa non è capace di pruova; or quegli che allega una proposizione la quale non è capace di pruova può riversare la pruova stessa sull'avversario; dunque colui che allega una proposizione negativa può riversare la pruova sull'avversario. Noi abbiamo stabilito che qualunque negazione è capace di dimostrazione: questo fa cadere la maggiore. La minore é in opposizione coi principii più costanti sul regolamento d'una buona procedura. Essa vuole a torto poggiarsi sul dritto romano, poichè esso la respinge nei casi ordinarii e la consacra solamente in un caso particolare, perchè trovavasi sotto l'influenza d'idee che oggi non hanno più corso. Arrivasi dunque necessariamente a questa conclusione, che presso di noi spetta sempre al convenuto somministrare la pruova, e che egli può farlo, anche quando si tratta d'un fatto negativo; *egli lo* potrà anche più generalmente, quando si ammette la prudente restrizione che, per rendere definita la negativa, potrà costringersi la parte avversa a precisare le sue pretese.

2. Qual cosa deve decidersi in mancanza di pruova sufficiente?

46. Questa quistione, noi l'abbiamo già detto, è intimamente connessa alla precedente. E di vero, dalla soluzione di siffatta quistione dipende in gran parte l'interesse delle difficoltà relative all'attribuzione delle parti per la pruova, poichè non debbesi supporre che una parte possa impunemente trincerarsi in un silenzio sistematico, perchè l'altra parte ha sopra di se assunto il peso della pruova. Fa sempre sinistra impressione rifiutare schiarimenti alla giustizia, ed inoltre riuscirà quasi sempre pericoloso l'astenersi dal rispondere alle allegazioni dello avversario. Ma l'importanza dell'attribuzione delle parti nella procedura trae principalmente alla conseguenza che l'insufficienza della pruova, dal canto di colui che ha l'obbligo di somministrarla, deve portar seco il rigetto della sua pretesa. *Actore non probante, reus absolvitur*.

Si è questo precisamente il gran vantaggio della posizione di convenuto, quando si ammette insieme con noi che spetta sempre all'attore somministrare la pruova. Le considerazioni che militano in favore di questa dottrina conducono a riconoscere che, in difetto di pruova, l'attore deve succumbere. La pruova non sarebbe più un peso [*onus probandi*] se la mancanza di risultato non dovesse esser fatale a quella delle due parti che deve provare.

47. Tuttavia questo principio così ragionevole non è sempre stato osservato; i Romani, i quali l'hanno tramandato a noi, non sono stati ad esso sempre fedeli. Infatti Aulo-Gellio [1] ci riferisce che, incaricato di pronunziare sull'esistenza d'un credito in un'affare in cui l'attore non aveva pruove sufficienti, ma in cui esso era d'una riputazione intatta, mentre quella del convenuto era detestabile, egli si trasse d'impaccio col giurare che non vedeva chiaro nella materia, *sibi non liquere*; il che sarebbe oggi considerato come una denegazione di giustizia. I nostri antichi scrittori ianno, dal canto loro, proposto di-

del 1826, la pruova negativa è reputata affermativa, tutte le volte che, circondata e circoscritta da fatti positivi di tempo e di luogo, risulta essa medesima perfetta e completa per la sola pruova di questi fatti.

(1) *Notti attiche*, libro XIV cap. 2°.

Digitized by Google

versi espedienti per risolvere le quistioni dubbie. Gli uni vogliono che si tronchi la vertenza per metà, il che Cujacio chiama con ragione *anile judicium*. Altri propongono che si adoperi il sorteggio, il che è stato effettivamente praticato nel 1644 nella famosa *sentenza delle pagliuzze* (1): quello che havvi d'arbitrario e di ridicolo nell'impiego di simili mezzi dimostra quanto sia saggio il pronunziare puramente e semplicemente in favore del convenuto.

Egli è vero che un intrepido novatore, che noi avremo sovente occasione d'incontrare sul nostro cammino, Bentham, propone di rovesciare la vecchia massima: *actore non probante*, ec. Tra l'attore ed il convenuto, la *presunzione antigiudiziaria*, per adoperare le sue espressioni, dev'essere in favore del primo (2). Le cause guadagnate dagli attori, dice egli, sono in una proporzione molto superiore a quelle guadagnate dai convenuti. Ma questo importa togliere dal suo centro la quistione. Non si tratta di sapere, se, in tutti i litigi presi in massa, gli attori abbiano nella maggioranza ragione, il che può esser vero; trattasi di esaminare se possa ritenersi che un attore, il quale non ha a sufficienza dimostrato il suo dritto, sia fondato nella sua pretesa. La maggior parte degli attori trionfa, senza dubio; ma ciò avviene perchè essi riescono a provare il loro dritto. Ma in questo risultato havvi qualche cosa che ci autorizzi a supporre che anche quelli che non poterono pervenire a fare la pruova, avevano ragione in merito? E chi non vede che ammettere una simile presunzione sarebbe aprire il campo ai litigi più scandalosi, alle vessazioni più intollerabili? Attenjamoci alla massima, tanto antica quanto saggia, che protegge lo *statu quo*, la presunzione di proprietà o di libertà che sorge in favore del convenuto [3].

48. Questa massima deve principalmente essere considerata come sagra nelle materie penali; allorquando la colpabilità non è bene stabilita, sarebbe mostruoso che si pronunziasse una pena. Ammettevasi però altra volta in Francia un mezzo-termine, che ritroviamo tuttora (4) in talune legislazioni contem-

(1) Questa sentenza fu profferita da un giudice di Melle il quale avea fatto tirare ai litiganti due pezzetti di paglie, o *buchettes* ch'egli teneva tra le sue dita. Fortunatamente per l'onore della giustizia essa venne riformata dal Parlamento di Parigi.

(2) Vedi *pruove giudiziarie*, ediz. di Dumont, tom. 2, libro 2, capitolo 2.

(3) Vedi le note del signor Rossi su questo tratto di Bentham, nell'edizione di Dumont, nel luogo citato; i traduttori italiani del *Trattato delle pruove* respingono l'idea di qualsivoglia presunzione antigiudiziaria in favore, sia dell'attore, sia del convenuto; ma essi giungono allo stesso risultato al quale noi arriviamo, appigliandosi all'idea che, nel dubbio, la pruova non è somministrata dall'attore.

(4) La pena estraordinaria, nel caso in cui la colpabilità dell'imputato non è a sufficienza dimostrata, non venne abolita che nel 1838 nella legislazione della Toscana. Noi la ritroviamo principalmente nel codice criminale di Prussia del 1805 (articolo 405). Più di recente l'introduzione del giurì in Prussia ed in Austria (leggi di procedura criminale di febbraro 1849 e di gennaro 1850) avea fatto cadere l'applicazione della pena estraordinaria, per lo meno nelle cause criminali da maggiore interesse. Oggi è a temersi che l'abolizione del giurì, già operatasi in Austria (v. lettere patenti del 31 dicembre 1851, articolo 29 e seguenti,) non faccia ritornare la giurisprudenza alemanna sull'antico sentiero. Pur tuttavia noi siam di parere che l'istituzione della pena estraordinaria, vivamente combattuta dal signor Mittermayer (*Della pruova in materia criminale*, capitolo LXIX) non sia più destinata ad una lunga esistenza, anche al di là del Reno.

Digitized by Google

poranee. « I giudici, dice Papon « [libro XXIV, tit. VIII, num. I, « della sua raccolta di decisioni,] non « avendo fra le mani per la pruova « del maleficio, altro che indizii e pre« sunzioni, a meno che non siano « indubitati e veementi, se non pos« sono condannare alla vera ed ul« *tima* pena, come se vi fossero te« stimonii che deponessero d'averlo « veduto, devono però inclinare ad « una condanna *di grazia*. » Noi vedremo che questo risultato era la conseguenza presso a poco forzosa del sistema delle pruove legali in vigore nel nostro antico dritto. Checchè ne sia, questo abuso stomachevole, il quale consiste nel condannare ad una pena minore colui che alla fine può essere innoccente, è stato energicamente riprovato dall'alta intelligenza di D'Aguesseau: «Quest'uso [diceva « egli, in una lettera del 4 gennaro 1739 « diretta al prevosto della signoria del« la Franca-Contea] è un abuso intolle« rabile, ed io avrò cura di reprimerlo. « O la pruova d'un reato è comple« *ta*, o essa non lo è; nel primo caso « non può mettersi in dubio che la « pena da pronunziarsi sia quella de« terminata dalle ordinanze; ma nel« l'ultimo caso è parimenti certo che « non debbesi pronunziare pena di « sorta. » I componenti del giurì i quali, a dì nostri, dichiarano in simile ipotesi la colpabilità, *accompagnata da circostanze attenuanti*, ricadono, per altra via, nello stesso abuso (1). Nè la ragione nè la coscienza ammettono simili transazioni.

49. Noi troviamo ancora nell'antica nostra giurisprudenza due altri abusi che si rannodavano allo stesso ordine d'idee. Altravolta i giudici [2] potevano profferire sentenze *di più ampia istruzione*. Il termine di questa novella istruzione variava da un mese ad un anno; talvolta ancora pronunziavasi una più ampia istruzione indefinita, che metteva l'imputato perpetuamente *in reatu*: posizione simile a quella che stabiliva il decreto del 3 marzo 1810 sui prigionieri di Stato relativamente a taluni individui sospetti che non conveniva, dicono i motivi del decreto, « nè far « tradurre innanzi ai tribunali, nè « far mettere in libertà. »

È superfluo fare osservare che siffatto potere discrezionale lasciato ai giudici è intollerabile. L'altro abuso, sebbene meno grave, non era meno contrario alle sane nozioni del dritto criminale. Consisteva questo nell'essere messo fuori corte, *absolutio ab instantia*, senza discarico morale dell'accusa. « Si mettono le « parti fuori corte, dice Pothier, « allorquando l'innoccenza dell'accu« sato non è pienamente giustificata, « e l'accusa, sebbene non provata, è « stata nondimeno intentata con qual« che fondamento. »

Gli antichi criminalisti chiamavano l'essere rimandato dal giudizio *infamante di fatto*, « perchè questo fa « sull'onore del condannato, dice Mu« yart de Vouglans (3), talune impres« sioni le quali, senza diffamarlo del « tutto, lo macchiano gravemente, in « guisa che la stima delle genti one« ste se ne trova notabilmente allon« tanata. » Nondimeno il *fuori corte* poteva essere concepito in termi-

(1) Cadevasi nello stesso errore in Roma, allorquando il furto *manifesto* punivasi più severamente del furto *non manifesto*, Assai di recente ancora (vedi *gazzetta dei tribunali*, del 3 luglio 1842,) il tribunale supremo di Berna condannò un uomo accusato di veneficio a sei anni di detenzione in una casa di correzione, come *fortemente sospetto*. La decisione è del 28 maggio 1842.

(2) Vedi Pothier, *Trattato della procedura criminale*, sez. 1, art. 2, § 4 e 5.

(3) *Leggi criminali di Francia*, lib. 2, tit. 4, cap. 5, num. 1.

Digitized by Google

ni tali da non risultarne nulla di grave che ferisse l'onore e la delicatezza di colui che ne era l'oggetto, come rilevasi da un avviso dell'ordine degli avvocati al parlamento di Parigi del 21 aprile 1777, e da una lettera del guarda-sigilli del 27 luglio 1778 (1).

In Germania esistono delle legislazioni che consacrano ancora l'*absolutio ab instantia* (2). Nulla di simile havvi fortunatamente nei codici moderni. (*) Quindi la corte di cassazione, a 18 germinale anno decimo, annullò un arresto della corte di giustizia criminale della Senna che avea condannato taluni accusati a pagare la metà delle spese (3) *perchè non aveano distrutto in un modo sufficiente le imputazioni che loro erano state addebitate dalla querela.*

Tuttalvolta il principio che la stessa persona non può essere nuovamente accusata per lo stesso fatto, applicasi solamente al caso in cui siavi stata liberazione o assoluzione. Una decisione di non esservi luogo a sottoposizione ad accusa profferita dalla camera delle sottoposizioni ad accusa non impedisce che l'imputato possa essere nuovamente arrestato se sopraggiungono novelle pruove (art. 246, e 149, codice d'istruzione criminale.) Un sistema contrario sarebbe troppo svantaggioso all'accusa, la quale pel solo motivo d'aver seguito per alcun tempo una falsa strada, si tro-

(1) V. Merlin, *repertorio* v. *Hors de court*, § 3.

(2) Questa istituzione viziosa venne abolita nel gran-ducato di Baden per l'ordinanza della procedura penale del 6 marzo 1845. Essa era divenuta inapplicabile in Prussia ed in Austria, per le materie d'alto criminale, in seguito dell'introduzione del giurì. Oggi l'Imperatore d'Austria l'ha fatto rivivere per la stessa lettera del 31 dicembre 1851 che soppresse il giurì (vedi pagina 28 nota). « Le sentenze, sta scritto nell'articolo 29 di questa istruzione, saranno profferite esclusivamente da giudici. Si pronuncierà nelle cause criminali: *colpevole, non colpevole, o rimandato dall'accusa.* »

(*) La proposizione annunziata dall'Autore non mi sembra generalmente esatta. Il sistema della *absolutio ab instantia* è per le nostre leggi conservato. L'articolo 277 delle leggi della procedura nei giudizii penali è così concepito:

« La gran Corte scioglierà le quistioni di fatto con una delle tre formole seguenti:

Consta che l'accusato non abbia commesso, ec. ec.

Non consta che abbia commesso, ec. ec.

Consta che abbia commesso ec. ec. »

La seconda formola costituisce precisamente l'antico *fuori corte* della Francia.

Non parmi poi che siffatto sistema meriti la censura che ne fa l'Autore. Dirò colle stesse parole che egli usa più sotto: un sistema contrario sarebbe troppo svantaggioso all'accusa, la quale per la sola ragione di non aver potuto sino a quel punto raccogliere pruove sufficienti, si troverebbe per sempre costretta all'inazione. Nè varrebbe il dire che un più rigoroso esame del processo nel giudizio di sottoposizione all'accusa farebbe evitare l'inconveniente temuto, ordinando una più ampia istruzione. Spesso, e quasi sempre la pubblica discussione arreca notevoli cambiamenti al processo scritto, sia perchè i testimonii intesi nel corso dell'istruzione modificano o ritrattano le loro dichiarazioni scritte, sia perchè un esperimento di fatto o le posizioni a discolpa dell'accusato vengono in urto colle pruove esistenti a carico, e quindi l'accusa rimane sfornita di taluni dei suoi principali elementi, senza che per questo risulti chiara l'innocenza dell'imputato. Se la corte non avesse in tal caso la facoltà di pronunziare il *non costa*, che mette l'accusato in uno stato di libertà provvisoria per due anni (articolo 281 leggi della procedura nei giudizii penali,) scorsi i quali egli ha dritto ad ottenere la libertà assoluta, sarebbe necessariamente messa nella dura alternativa ò di condannare un innocente o di pronunziare l'innocenza di un reo. — *Il Traduttore.*

(3) D'Aguesseau (lettere del 5 febbraro 1730 e del 18 settembre 1734) aveva del pari riprovato l'antico uso di condannare alle spese un accusato rimandato dal giudizio.

Digitized by Google

verebbe per sempre paralizzata. L'accusato non ha dritto ad una decisione diffinitiva, la quale non lasci più ventilare alcun equivoco sulla di lui posizione, se non quando l'istruzione ha percorso tutte le sue fasi.

50. Per condurre a termine questo punto noi faremo rilevare che havvi una differenza ben marcata tra il civile ed il criminale, per quello che concerne il difetto di pruova sufficiente.

Nel criminale, per la liberazione è sufficiente che il giudice o il giurì non abbia una intera convinzione della colpabilità dell'accusato. Non havvi cosa che possa supplire a questa convinzione, quando essa non sia completa. Nel civile, all'incontro, ove gl' interessi che sono in movimento sono puramente pecuniari, la massima, *actore non probante, reus absolvitur*, non si applica col medesimo rigore. Essa non può estendersi al caso in cui la pruova fatta dall'attore, sebbene incompleta, presenta nondimeno una certa gravità. Allora la pruova può essere completata per mezzo del giuramento suppletorio. L'uso di questo giuramento, altronde molto contrastabile nella materia civile, sarebbe più pericoloso ancora nelle materie penali; quindi esso non è ammesso dalle nostre leggi (1).

3. CHE COSA PUO PROVARSI?

51. I tribunali non debbono ordinare senza discernimento la pruova di tutti i fatti che un litigante pretende poter sostenere. I fatti proposti debbono essere preventivamente esaminati sotto un doppio punto di vista: relativamente alla causa che viene agitata, indi in loro stessi.

52. Considerati nel loro rapporto con la causa i fatti allegati debbono essere *concludenti*.

Questa condizione d'ammessibilità, indicata dalle leggi in fatto di esame dei testimonii [codice di procedura civile, art. 256-349], deve essere evidentemente generalizzata. E di vero, se il fatto allegato, anche a volerlo supporre vero, non è tale da far riportare vittoria alla parte che lo allega, sarebbe fuor di proposito ordinarne la verificazione: *frustra probatur quod probatum non relevat*.

Si dice ordinariamente che i fatti debbono essere *pertinenti* e *concludenti* ad un tempo. Ma la prima di queste due condizioni è compenetrata evidentemente nella seconda. È chiaro che debbonsi respingere come non concludenti le allegazioni estranee alla lite; però quando non si tratta che della pertinenza, la decisione è generalmente agevole, mentre debbesi procedere con maggiore circospezione quando trattasi di valutare la gravità dei fatti altronde pertinenti. Prima di rigettarne la pruova debbesi accuratamente esaminare a quali risultamenti può essa condurre, considerando questi fatti, non già isolatamente, ma nel loro insieme, perchè vi sono delle circostanze tali che, di niun valore se si prendono separatamente, possono, pel concorso loro, generare il convincimento, in quella guisa che il fuoco nasce dal contatto di

(1) Potrebbesi dire, egli è vero, che in materia criminale, essendo buoni tutti i mezzi che conducono allo scovrimento della verità, non è impossibile che, in una data circostanza, la prestazione del giuramento della parte civile non sia atta a dare maggior fiducia alla sua dichiarazione. Ma allora il giuramento dovrebbe richiedersi in tutti i casi, come garantia della sincerità di siffatta dichiarazione; esso non dovrebbe essere deferito alla fine dopo essersi riconosciuta l'insufficienza delle altre pruove.

Digitized by Google

varie sostanze, le quali, prese separatamente, non sarebbero atte a produrre siffatto fenomeno.

53. Supponiamo ora concludenti i fatti; rimarrà ad esaminare se essi debbano essere rigettati in massa, sia perchè sono da loro medesimi impossibili, sia perchè la legge non ne ammette la pruova.

54. L'impossibilità matematica non può dar luogo ad alcuna difficoltà. Per quanto riguarda l'impossibilità fisica, la quale non è se non una estrema improbabilità, noi abbiamo già riconosciuto che i fatti i quali presentano questo carattere debbono essere immediatamente esclusi, poichè un litigante non può seriamente sostenere che siasi in suo favore operato un miracolo; ma non debbonsi confondere coi fatti fisicamente impossibili quelli i quali, senza opporsi alle leggi della natura, si allontanerebbero nondimeno dall' ordinario andamento suo.

Così, vi sono degli esempii ben provati (1) di fatti che il volgo riguarda come impossibili. Il prolungamento dell' esistenza, per un tempo sufficientemente lungo, nell'astinenza di qualunque alimento; il concepimento di donna di una età avanzata, ec. sono avvenimenti che sembrano miracolosi, ma che sono semplicemente deviativi. Dovrà usarsi moltissima circospezione quando trattasi d'ammettere la pruova di simili fatti, ma non è permesso di rigettarli senza esame. Quanto è ragionevole non ammettere nella pratica ordinaria della vita l'esistenza di fatti miracolosi, altrettanto è prudente non dichiarare di primo lancio impossibile un fatto, pel solo motivo che sembra straordinario, sebbene non sia fisicamente impossibile.

(1). Vedi Bentham, *Pruove giudiziarie* tomo 2, libro 8, capitolo 7.

55. Finalmente i fatti possono essere concludenti e verosimilissimi per se stessi, ma d'una natura tale che la legge non ne permetta la pruova. Noi non intendiamo parlare qui di quelli che sarebbero contrarii ad una presunzione legale, come, per esempio, se si volesse far cessare la interdizione, provando che l' interdetto era sano di mente quando fece il tale o tal altro atto. Questi sviluppi, i quali non farebbero che anticipare quello che appartiene alla materia delle presunzioni, non rientrano per altro nell'argomento attuale. Non trattasi in questo punto degli ostacoli estrinseci che possono opporsi alla somministrazione della pruova, ma della natura stessa dei fatti che si possono provare. Or, hannovi taluni fatti di cui la legge non può soffrire la pruova officiale, per quanto possano essere veri.

Nella materie civili, il nostro codice respinge sovente la pruova dei fatti spiacevoli alla morale. Si è in tal guisa che esso vieta le induzioni sulla filiazione incestuosa o adulterina, ed anche della paternità naturale in quasi tutti i casi. Non può farsi di meno di confessare che il legislatore ha fatto con ciò un sacrifizio ben grave al timore delle liti scandalose. Da un lato, egli priva da qualsivoglia mezzo i figli nati da simili unioni, che non possono indagare i loro genitori: da un altro lato, egli apre la via alle liberalità volontarie più esagerate in loro favore, poichè, non riconoscendoli, si preoccupi più delle apparenze che delle regole di fondo da lui stabilite nell'interesse della società. Questo sistema tanto contrastabile è interamente moderno. Non se ne troverebbero delle traccie nè nel dritto romano, nè nell' antica giurisprudenza.

Digitized by Google

In materia criminale, scorgesi talvolta riprodursi lo stesso spirito. Si è per questo che l'incesto è impunito, e che l'adulterio non può essere provato se non per la flagranza del delitto o per la corrispondenza delle parti (codice penale articolo 338).

56. Dobbiamo però soffermarci più lungamente sopra una materia che ha dato luogo e nell'antica giurisprudenza e nel dritto moderno a vive controversie, cioè, sull'ammessibilità della pruova dei fatti allegati dalla parte di colui che è imputato d'ingiurie.

57. Precisiamo dapprima il punto su cui cade la controversia. Nel sistema consagrato dall'articolo 13 della legge del 17 maggio 1819 bisogna distinguere l'allegazione o imputazione (1) di un fatto che ferisce l'onore e la fama della persona o del corpo al quale il fatto è addebitato, il che costituisce *la diffamazione*, e l'espressione oltraggiante, la parola di disprezzo o l'invettiva che non racchiude l'imputazione di alcun fatto; il che costituisce l'*ingiuria* propriamente detta. Questa distinzione [2], per altro importante sotto il punto di vista della penalità [3] [legge del 17 maggio 1819, articoli dal 16 al 19], è cardinale per quanto concerne l'ammessibilità della pruova [*].

Provata una volta l'ingiuria, l'imputato non ha mezzo alcuno onde liberarsi dalla pena, come si fece rimarcare nella esposizione dei motivi del codice penale, i di cui principii, sotto questo rapporto, sono stati conservati dalla legislazione del 1819. Egli non può essere ammesso nè a provare nè a denunziare fatti che non siano precisi e qualificati, per esempio, l'ubbriachezza o il deboscio. Sotto questo rapporto, a nulla monta che l'offeso sia un funzionario pubblico. Questa circostanza aggrava la pena (*ibid.* articolo 19) senza lasciare uno scampo per mezzo di una pruova che escluda il carattere vago di siffatti oltraggi.

Una regola comune alla diffamazione e all'ingiuria si è che nè per l'una nè per l'altra può aprirsi procedimento senza la querela della parte offesa (legge del 26 maggio 1819, articoli 4 e 5 (**)]. Questa restrizione, pog-

(1) *Imputare*, dice il signor Courvoisier nel suo rapporto su questa legge, importa affermare; *allegare*, importa annunciare sulla fede altrui o lasciare all'imputazione l'ombra di un dubbio.

(2) Essa è molto antica per quel che concerne i libelli diffamatorii. Vinnio ci riferisce (sul § 1, Inst. *de injuriis*) « per famoso libello eam solam scripturam haberi in qua objicitur speciale, certum et capitale crimen.»

(3) Interessa parimente, ma sotto il punto di vista della penalità e della competenza, esamrnare se l'ingiuria, ancorchè non precisa, racchiuda o no l'imputazione d'un vizio determinato (la stessa legge, articolo 20).

(*) Il nostro codice, sebbene nell'art.365 delle leggi penali chiami ingiuria: « ogni offesa pubblicamente o privatamente espressa, con gesti, con iscritti, o in altro modo qualunque; purchè abbia per oggetto di far perdere o diminuire di stima di colui contro del quale è diretta », nondimeno ammette implicitamente (articolo 366 LL.PP.) la distinzione tra *l'ingiuria determinata* ossia *diffamazione* (come la chiama l'Autore) e quella *indeterminata* ossia *ingiuria* propriamente detta.

Il nome di *libello famoso* è attribuito esclusivamente alle ingiurie « pubblicate colle stampe in figure, in immagini, in incisioni, in emblemi, o in iscritto, o anche senza stampa, quando sian pubblicate con pubblici affissi. » *Il Traduttore.*

(**) Per disposizione dell'articolo 38 delle nostre *leggi della procedura nei giudizii penali*, l'istanza della parte offesa è necessaria per aprirsi il procedimento penale in ogni genere di delitti, tra' quali va compreso quello delle ingiurie. Però nel medesimo articolo si fa un'eccezione

Digitized by Google

giata sullo stesso motivo dell'articolo 336-326 del codice penale, il quale limita al solo marito la facoltà di denunziare l'adulterio della moglie[1] lascia alla parte interessata la cura di esaminare in queste materie delicate, se il procedimento presenti maggior pericolo del delitto medesimo. Finalmente la tendenza a evitar lo scandalo si ritrova in una disposizione della legge del 9 settembre 1835 sulla stampa, la quale proibisce ai giornali e scritti periodici di render conto de' giudizii per oltraggi ed ingiurie e de' giudizii di diffamazione in cui la pruova dei fatti diffamatorii non è ammessa dalla legge. Siffatta proibizione, abrogata col decreto del 6 marzo 1848, venne riprodotta dall'articolo 11 della legge del 27 luglio 1849 [2].

58. Dobbiamo ora occuparci particolarmente dell'ipotesi in cui la pruova sia regolarmente possibile, quando, cioè, siano stati articolati fatti precisi, tali da intaccare l'onore e la riputazione dell'offeso. Il legislatore deve egli allora punire semplicemente la calunnia; in altri termini, quegli da cui si parte l'ingiuria sarebbe ammesso a discolparsi, giustificando l'esistenza dei fatti da lui allegati?

È questa una quistione molto antica, e sulla soluzione della quale i costumi, le istituzioni politiche delle diverse epoche hanno necessariamente esercitato una grande influenza.

59. Le leggi di Solone non punivano il detrattore se non quando egli non provava la verità delle sue asserzioni. In sostegno di siffatta legge possono addursi gravi ragioni. « Il sistema della pruova, » diceva il signor di Serre nell'esposizione dei motivi della legge del 17 maggio, « è, a dire il vero, il solo che possa pienamente sodisfare l'uomo onesto calunniato. Il calunniatore, sfidato inutilmente a somministrare la pruova delle sue imputazioni, non ha più lo scampo dei suoi consueti sutterfugi; egli non può più dire che ha ceduto troppo inconsideratamente alla forza della verità, ad un giusto sentimento d'indegnazione, e che, se la sentenza dovesse dipendere dall'esattezza de' fatti, gli riuscirebbe agevole di mostrare l'innocenza sua, somministrando innanzi al giudice la pruova di cose maggiori di quelle da lui messe innanzi contro il querelante. Esso non può allegare mille presunzioni che la malignità non tralascia giammai d'afferrare e di mettere a suo profitto. In una parola, atterrato fin dentro il suo ultimo trinceramento, la giustizia manifesta e non equivoca della sua condanna purifica interamente l'onore dell'offeso, invece di arrecare ad esso un novello attacco, come spesso avviene in questo genere di cause. »

L'illustre oratore aggiunge tutta-

pe' delitti commessi contro i pubblici uffiziali nell'atto dell'esercizio delle loro funzioni. La circostanza che l'offeso sia un pubblico funzionario non aggrava la pena del reato, a meno che questo non sia stato commesso nell'atto che il funzionario esercita le sue funzioni, o per occasione di questo esercizio a mente dell'articolo 174 delle leggi penali. —*Il Traduttore.*

(1) La legge napolitana va sull'assunto troppo oltre, quando assimila (procedura penale napolitana, articolo 40) al ratto ed all'adulterio, pei quali la legge francese richiede la denunzia delle parti interessate, lo stupro ed ogni altro violento attentato al pudore: reati troppo gravi perchè le suscettibilità private, anche le più legittime, non si tacciano in faccia all'interesse generale che reclama un procedimento (*).

(2) L'articolo 14 del decreto del 17 febbraro 1852 proibisce di pubblicare i giudizii per delitti di stampa, ed autorizza i Tribunali, in tutte le materie civili, criminali o correzionali, ad interdire la pubblicazione del giudizio.

(*) Questa critica sembra mal fondata. Il ratto, in cui è sempre insita la violenza, è forse un reato meno grave dello stupro violento? *Il Traduttore.*

Digitized by Google

via che questo sistema suppone costumi più forti, più maschi dei nostri, insomma veri costumi politici. Debbesi del pari riconoscere, per essere giusto, che se gli Ateniesi soffrivano la diffamazione più facilmente di quello che noi non facciamo, ciò avveniva perchè essi non avevano affatto, come lo prova a sufficienza la strana libertà del teatro d'Aristofane, quella delicatezza che si è sviluppata presso i popoli moderni sotto l'influenza del cristianesimo.

Cicerone [1] fa osservare che i romani non tollerarono giammai siffatta licenza [2], ed in proposito cita una disposizione della legge delle dodici tavole le quali pronunziavano una pena capitale contro la diffamazione e specialmente contro la pubblicazione di poesie che avevano un carattere ingiurioso: « *Si quis occentavisset, sive carmen* (3) *condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri.* » Relativamente all' ingiuria verbale, *convicium*, che si avvicina assai più all'ingiuria nel senso attuale della parola, si sa che essa era punita con pene pecuniarie.

In tutti i testi degli scrittori classici relativi alla *actio injuriarum*, nulla indica la riserva della pruova in favore dell'autore dell' ingiuria. Questa riserva, in opposizione collo spirito del testo di Cicerone or'ora da noi citato, è del pari smentita da quei versi ben noti di Orazio [*Sat.*, lib. 2, sat. 1, *in fine*,]:

Si mala condiderit in quem quis carmina, jus est
Iudiciumque. Esto, si quis mala; sed bona si quis
Iudice condiderit laudatus Caesare. Si quis
Opprobriis dignum latraverit, integer ipse!
Solventur risu tabulae: tu missus abibis.

Quelle ultime espressioni: *solventur risu tabulae*, indicano a sufficienza un'assoluzione estraordinaria, motivata sulla buona riputazione del detrattore, mentre il querelante avea una riputazione detestabile; in una parola un' eccezione la quale altro non fa che confermare la regola. Il principio rigoroso era dunque, a Roma, in origine la punizione della maldicenza e nel tempo stesso della calunnia [4]. Ma i giureconsulti romani erano troppo intelligenti per non riconoscere alla fine che vi sono dei fatti di cui la rivelazione interessa la società. Da ciò quel testo famoso di Paolo [leg. 18, pr. dig. *de injur.*]:

« Eum qui nocentem infamavit, non « esse bonum et aequum ob eam rem « condemnari: peccata enim nocen« tium nota esse et oportere et ex« pedire. »

I commentatori non videro in que-

(1) *De Republica*, lib. IV, capo X.

(2) Vedi, sulla diffamazione nel dritto romano, gl' interessanti dettagli dati dal signor Grellet-Dumazeau, nel suo *Trattato della diffamazione, dell'ingiuria, e dell'oltraggio*.

(3) La punizione del *carmen famosum* fu estesa dalla giurisprudenza a tutti gli scritti diffamatorii (Paolo, sent. V, tit. IV, § 15.) Da ciò la rubrica del titolo X del libro XLVII del digesto: *De injuriis et famosis libellis*.

(4) Bisogna accuratamente guardarsi dall' applicare alla calunnia, come oggi noi l'intendiamo, i numerosi testi nei quali trattasi *de calumnia*. Questa parola era presa in un senso tutto speciale per designare l' azione d'intentare un giudizio di cattiva fede, il che dava luogo a pene severe tanto nel civile che nel criminale (Gajus, *Inst.* comm. IV, § 174 e seguenti, Valentiniano e Valente, leg. 7, cod. *de calumniatoribus*). L'accusatore non soggiaceva alla pena del *taglione*, come *calumniator*, quando non aveva potuto provare i fatti dell'accusa, ma aveva avuto giuste cause per agire.

Digitized by Google

sto testo la riproduzione del principio assoluto stabilito dalla legge di Solone. Essi l'hanno ristretto al caso in cui, come lo dice Vinnio [sul § 1, *Inst. de injur.*]: « *Id quod objicitur tale est ut publice intersit illud sciri.* » Si è per questo che risulta implicitamente da un testo di Ulpiano (*leg.* 15, § 13, *dig. de injur.*,) che non eravi ingiuria nel trattare di ladro quegli che lo era realmente. Ma la regola primitiva rimaneva in vigore per le imputazioni maligne che non suppongono presso il diffamato una vera colpabilità, e che, per conseguenza, non interessano punto l'ordine generale della società.

Taluni interpreti però mantengono, anche nell'ultimo stato del dritto romano, l'applicazione generale dell'antica regola che essi formulano in questi termini: *veritas convicii non excusat.* Essi si poggiano sopra un rescritto di Diocleziano, che forma la legge 9 del codice di Giustiniano, *de injuriis*, e di cui il principio è così concepito: « *Si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse probaturus es, fides veri a calumnia te defendit.* » Essi intendono che queste ultime espressioni siano riferibili alla pruova dei fatti ingiuriosi, e ne conchiudono che, per isfuggire alla pena dell'ingiuria, non bastava provare la verità delle allegazioni, ma bisognava dimostrare che non eravi stata l'intenzione d'insultare il reclamante. E siccome il rescritto parla in prosieguo d'omicidio (*homicidium*), così interpretato si applicherebbe evidentemente anche ai misfatti preveduti dalla legge *eum qui nocentem*, misfatti di cui la rivelazione interessa la società. Ma questa interpretazione, respinta dalle menti svegliate, dà un senso poco naturale alla decisione di Diocleziano. L'idea dominante del rescritto si è la quistione se le parole ingiuriose siano state profferite senza intenzione, *si probaturus es non convicii consilio te dixisse.* Tutto induce a credere che la risposta combina colla quistione, e che quelle parole *fides veri* suppongono semplicemente che chi richiede il consiglio sia riuscito a provare quello che è stato da lui articolato, cioè la carenza di intenzione ingiuriosa dalla parte sua. Noi opiniamo adunque che questa legge non abbia alcuna relazione colla quistione della verità o della falsità delle allegazioni diffamatorie, e che essa si limiti a fare l'applicazione del principio inoppugnabile: *injuria in effectu consistit.* (Vedi Ulpiano, leg. 3, § 1, dig. *hoc. tit.*)

Un testo ben più preciso di quello di Diocleziano si è la legge 1, del codice Teodosiano, *de famosis libellis*, nella quale Costantino dice formalmente:

« *Si quando famosi libelli reperiantur, nullas exinde calumnias patiantur ii quorum de factis vel moribus aliquid continebant; sed scriptionis auctor potius requiratur, et repertus cum omni vigore cogatur his de rebut quas proponendas credidit, comprobare: nec tamen supplicio, etiam si aliquid ostenderit, subtrahatur.* »

Si è tentato di conciliare questa costituzione colla decisione di Paolo, osservando che essa statuisce semplicemente sopra i libelli diffamatorii relativamente ai quali la legislazione romana, al pari della legislazione inglese, ha sempre spiegato una particolare severità (1). Riesce più semplice ritenere, con Gotofredo, questa legge di Costantino come una misura di

(1) La pena capitale pronunziata dalla legge delle Dodici Tavole era stata ripristinta nel medio evo, dopo essere stata rimpiazzata ai tempi di Paolo (sent. V, tit. IV, § 17) da una pena straordinaria, la quale non oltrepassava la relegazione.

Digitized by Google

circostanza, diretta contro taluni scismatici, i quali perseguitavano colle loro diffamazioni i cristiani ortodossi. Infatti questa costituzione non si rinviene più nel codice di Giustiniano, in cui il titolo: *de famosis libellis*, si compone d'una costituzione unica, resa da Valentiniano e Valente, che promette, per l'opposto, onore e ricompensa all'autore del libello che giustificherà la verità delle sue asserzioni. Ma debbesi sempre supporre una rivelazione tale che interessi la società: *Si quis salutis publicae custodiam gerit*, dicono gl'imperatori. Può dunque ritenersi che la distinzione stabilita dagl'interpreti sulla legge *eum qui nocentem* sia prevalsa nell' ultimo stadio del dritto romano.

60. La ruvida franchezza dei costumi germanici doveva ancora maggiormente avvicinarsi alla legislazione ateniese. E di fatti, la legge salica [titolo XXXII], dopo avere preveduto il caso in cui si fossero dirette ad altri delle ingiurie vaghe, come le qualificazioni di *volpe*, di *lepre(vulpiculum, leporem)*, aggiunge: « *Si meretricem, et non poterit adprobare; si delatorem, et non poterit adprobare; si falsatorem, et non poterit comprobare.* » Così trovasi consagrato il dritto di provare le imputazioni che hanno un carattere determinato, anche quelle che si riferiscono ai costumi privati.

Da un altro canto, l'antica nostra giurisprudenza si è trovata sottoposta ad un'influenza diametralmente opposta a quella dei costumi barbari, all'influenza del dritto canonico. Mossi dallo spirito di carità ispirato dal cristianesimo, i canoni condannano indistintamente la maldicenza al pari della calunnia. Quindi, dopo avere richiamata l'interpretazione generalmente ammessa della legge *eum qui nocentem*, Schneidewinus aggiunge (*Inst. comm.* tit. IV, *de injuriis*) « *Liceat canonistae teneant regulariter injuriantem, sive verum, sive falsum dicat, sive intersit reipublicae, sive non, teneri.* »

Quest'ultima tendenza sembra che abbia assolutamente trionfato nella pratica. Certo, gl'interpreti del dritto romano stabilivano sempre per principio la distinzione tratta dal testo di Paolo; taluni davano sinanco una singolare estensione alla giustificazione poggiata nell'interesse pubblico insegnando che era importante divulgare, sia l'adulterio, di cui la repressione interessa l'ordine sociale, sia le malattie contagiose, di cui la propagazione è in sommo grado pericolosa (1).

Negli ultimi secoli però stavasi generalmente all'adagio: *Veritas convicii non excusat.* Quindi Domat, il quale ordinariamente si limita a riprodurre le decisioni delle leggi romane, non fa alcun cenno della legge *eum qui nocentem*, e dice semplicemente [2]: « Sebbene le parole ingiuriose non contengano cosa alcuna che non sia conforme alla verità, anche pubblica, non può nondimeno evitarsi la pena dell'ingiuria. » Dareau, nel trattato speciale che egli pubblicò nell'ultimo secolo sulle ingiurie, si esprime in questi termini [cap. 1, sez. 1, num. 5]: « La giustizia è saggiamente proclive a riguardare le imputazioni anche le più veraci, come altrettante calunnie, e senza addurne alcuna spiegazione, essa le punisce in proporzione della maggiore o minore apparenza di verità

(1) Trovansi in proposito dettagli curiosi nel libro del signor Grellet-Dumazeau, numero 560.

(2) *Dritto Pubblico*, lib. 3, tit. 11, § 13.

Digitized by Google

che esse offrono in se stesse, senza permettere all'imputato, se non in casi molto rari, di verificare la realtà delle imputazioni onde giustificare se medesimo. » In conseguenza, un arreste del 19 aprile 1670 dichiarò punibile, sebbene vera, l'imputazione di *falsario* fatta ad un cancelliere; e per un altro arresto del 15 dicembre 1679, un individuo, che avea chiamato un altro *bancarottiere*, fu condannato, sebbene il fatto fosse vero, a chiedere perdono all'offeso (1).

Il solo caso in cui Dareau autorizzi la pruova, si è quello in cui si tratta di fatti denunziati per via di scritto all'autorità superiore (*ibid.* cap. 10, sez. 2, num. 11,) il che rientra sino ad un certo punto nella facoltà d'intentare un'azione giudiziaria, facoltà che non ha potuto giammai essere impugnata. Finalmente l'antica giurisprudenza aveva già consagrato, relativamente al foro, il dritto di esprimersi con una libertà senza la quale il ministero dell'avvocato diverrebbe inesercitabile. « Vi sono talune circostanze, « diceva nel 1707 l'avvocato generale Portal, » in cui non puossi difendere la causa senza offendere la persona, attaccare l'ingiustizia senza disonorare la parte, esporre i fatti senza avvalersi di espressioni dure, le sole capaci di farli sentire e di rappresentarli agli sguardi dei giudici. In questo caso, i fatti ingiuriosi, quando sono scevri di calunnia, fan parte della stessa causa, e non possono ritenersi estranei alla medesima; e la parte che se ne duole deve accusare piuttosto lo sregolamento della condotta propria anzicchè l'indiscrezione dell'avvocato. »

61. Secondo la legislazione inglese, si fa una distinzione relativamente alla facoltà di provare la verità delle asserzioni ingiuriose, tra le diffamazioni verbali ed i libelli. Nel primo caso è punita la sola calunnia. Se io posso provare, dice Blakstone [2] che il commerciante è un bancarottiere, il medico un ciarlatano, l'uomo di legge un truffatore ed il teologo un eretico, le azioni rispettive da essi intentate rimarranno distrutte, poichè, sebbene dall'imputazione possa derivare un danno notabile, nondimeno, se il fatto è vero, havvi *damnum absque injuria;* e quando non havvi ingiuria, la legge non accorda riparazione. » Se poi trattasi di libello, la pruova è del pari ammessibile relativamente all'azione per danni ed interessi, ma l'azione criminale non ammette la pruova della realtà, poichè questa realtà non fa cessare il colpo arrecato col libello alla pace pubblica. Tuttavia l'azione civile è preferita ne' costumi inglesi, poichè essa somministra il mezzo di stabilire pienamente l'innocenza della persona diffamata.

62. Passiamo all'attuale nostra legislazione. Nel dritto intermedio, non eravi alcuna disposizione repressiva, sia della diffamazione, a meno che non fosse degenerata in insulto [3]

(1) Le ingiurie verbali generalmente non davano luogo che ad un'ammenda ed alla riparazione. Quanto ai libelli diffamatorii, le ordinanze dei nostri re li punivano con un rigore eccessivo. È noto l'arresto del 7 aprile 1712, che condannò Giovan Battista Rousseau all'esilio perpetuo per versi scandalosi e diffamatorii a lui imputati. In virtù di altri arresti profferiti parimenti dal parlamento di Parigi, nel 1584 e nel 1586, gli scrittori di libelli contro il re furono bruciati insieme ai loro scritti sugli scalini del palazzo.

(2) Vedi la traduzione del signor Chorupré, libro 3, capitolo 8, colle note del signor Cristiani.

(3) Noi non parliamo della semplice ingiuria verbale, punita altronde, come oggi, di pene di semplice polizia (cod. del 3 brumajo anno 4, art. 605).

Digitized by Google

[legge del 22 luglio 1791, titolo 2, articolo 7, 3]; sia della calunnia, a meno che essa non fosse degenerata in falsa testimonianza, reato preveduto dal codice penale del 1791, al pari dell'attuale codice penale, o che non si trattasse di lettere anonime tendenti ad accusare talune persone d'attentato contro la sicurezza dello stato [decreto del 6 fiorile anno 2]. Salvi questi casi eccezionali, non altro permettevasi, anche per la calunnia, che l'azione civile, ed è noto che i nostri costumi ripugnano a domandare giudiziariamente una riparazione pecuniaria de' delitti che portano attacco all'onore. « Ne è risultato da questo, dice il signor Taure nell'esposizione dei motivi del codice penale, che la calunnia non è stata a sufficienza repressa, e che l'invidia o l'odio non hanno avuto ribrezzo d'attaccare la riputazione degli uomini più rispettabili. Sin da molto tempo desideravasi che il legislatore avesse posto un freno a simili eccessi. »

63. Il sistema del codice penale del 1818 consisteva nel reprimere tassativamente la sola calunnia, ma esso, sotto il nome di calunnia, racchiudeva col fatto la maggior parte delle maldicenze. E di vero, l'articolo 368 di questo codice riteneva falsa ogni imputazione, in sostegno della quale non adducevasi pruova legale, e l'articolo 370 non permetteva d'ammettere come legale altra pruova all'infuori di quella nascente da una sentenza o da qualunque altro atto autentico. Finalmente gli articoli 372 e 375 riserbavano all'imputato la facoltà di denunziare i fatti allegati, se erano per legge punibili, salvo a subire la pena della denunzia calunniosa (1), nel caso in cui avesse volontariamente tentato d'indurre in errore la giustizia.

Questo sistema mancava di franchezza, perciocchè esso puniva come calunnia la divulgazione di fatti, anche notorii (articolo 368), quando essi non erano legalmente provati. Da un altro canto, esso spingevasi troppo oltre, poichè esso non faceva distinzione tra gli atti autentici destinati alla pubblicità e quelli che debbono restar segreti, come diceva in consiglio di Stato il conte di Ségur, nel chiedere la repressione della semplice maldicenza: « La legge non deve permettere che si producano gli atti dello stato civile per rivelare la vergogna d'una sventurata che ebbe un momento di debolezza. »

Troppo facile, per quanto concerne la pruova dei fatti della vita privata, la legislazione del 1810 era, all'incontro, d'un vigore intollerabile per quanto riguarda gli atti dei funzionarii pubblici. Non era permesso rivelare le malversazioni, le concessioni, gli eccessi di potere più evidenti, a meno che non si fosse adempiuta la condizione veramente ridicola di somministrarne la pruova per mezzo di atti autentici. È nonpertanto si è pei fatti di tal natura che debbe dirsi con Paolo: *peccata nocentium nota esse et expedire et oportere.* » Scorgonsi in ciò manifestamente le tendenze sospettose del governo imperiale, poco favorevole alla libertà della stampa.

64. Una riforma importante venne operata in questa materia colla legislazione del 1819. La legge del 17 maggio 1819 (articolo 13) chiama, come abbiamo già cennato, *diffamazione* qualunque imputazione d'un fatto che attacca l'onore e la riputazione delle persone o del corpo

(1) Qui la qualificazione *di calunniosa* s'intendeva e s'intende ancora nello stesso senso della calunnia del dritto romano.

Digitized by Google

cui il fatto è addebitato. Pur tuttavia la diffamazione, secondo l'etimologia stessa della parola, suppone la, pubblicità, di conseguenza, l'imputazione la più precisa, appunto perchè non è pubblica, è considerata come un'ingiuria di natura più lieve, e punita di pena di semplice polizia (1): *ibid.*, articolo 13, codice penale, articolo 375, 376 [*]. Ma in simile ipotesi l'ingiuria diffamatoria, al pari dell'ingiuria propriamente detta [num. 57], esclude la pruova della verità dei fatti ingiuriosi, anche quando si tratta d'un funzionario pubblico, perciocchè se è permesso di censurare la condotta degli agenti dell'autorità, ciò è solamente quando la censura si fa in un modo aperto e leale. Bisogna dunque supporre una diffamazione pubblica perchè possa esservi luogo, sia ad applicare le pene pronunziate contro la diffamazione, sia ad esaminare se l'imputato debba essere ammesso a provare la verità de' fatti diffamatorii. Per quanto concerne questa grave quistione dell'ammessibilità della pruova, la legislazione del 1819 stabilisce una linea di demarcazione ben distinta tra i fatti della vita privata e quelli che riguardano le persone che hanno agito con un carattere pubblico. Parliamo dapprima della diffamazione puramente privata, che dà luogo a meno grandi difficoltà.

65. A questa diffamazione si applica in tutta la sua forza l'articolo 20 della legge del 26 maggio 1819 così concepito: « Nessuno sarà ammesso a provare la verità dei fatti diffamatorii. » Questo sistema per altro è il più confacente ai nostri costumi [2]. « Malgrado tutta la più scrupolosa attenzione sopra se stesso, dice Dareau [3], non havvi alcuno che non sogglaccia talvolta a debolezze particolari, ed al quale non si possano fare imputazioni mortificanti. L'interesse della società richiede adunque che ognuno si taccia sulla condotta del proprio simile, e che pensi alla propria riputazione senza lacerare l'altrui. »

Oggi adunque non è più permesso di rivelare i misfatti o le sventure private, quand'anche siano provati nel modo il più autentico. Quindi il tribunale correzionale della Senna,

(1) Non vi sarebbe più luogo a pena se l'ingiuria fosse stata provocata (codice penale, articolo 471, num. 11). Dareau. (Trattato delle ingiurie, cap. X, sez. 11, n. 13) voleva che la provocazione, in caso d'ingiurie verbali, avesse fatto nascere la facoltà di dimostrare che i fatti allegati erano notorii, o almeno provati per iscritto. Oggi, all'infuori dei casi preveduti dall'articolo 471 del codice penale, la provocazione, senza recare cambiamento alcuno alle regole sulla pruova, potrebbe solamente essere considerata come circostanza attenuante.

(*) Per l'articolo 366 delle nostre leggi penali, non havvi tassativamente diminuzione di pena per l'ingiuria profferita in un luogo non pubblico; il giudice però, nella latitudine accordatagli intorno all'applicazione della pena, la quale può variare dall'ammenda correzionale, al primo o secondo grado di prigionia o di esilio correzionale, dovrà, tra le altre circostanze, tener presente quella del luogo. *Il Traduttore.*

(2) Esso però non è stato professato, come generalmente ritiensi, in un modo così assoluto dall'illustre Royer-Collard, all'occasione della discussione della legge del 26 maggio 1819. L'autore non ha punto professato, come sua opinione personale, la dottrina che *la vita privata dev' esser murata.* Egli ha solamente detto, nel determinare la teoria della legge (camera dei deputati, 28 aprile 1818). « Ecco la vita privata *murata*, se mi è lecito servirmi di questa espressione: essa è dichiarata invisibile, essa è rinchiusa nell'interno delle case. »

(3) *Trattato delle ingiurie*, cap. I. sez. 1, num. 4.

Digitized by Google

a 17 dicembre 1831, giudicò diffamatoria la qualificazione di *vecchio forzato* data da un individuo per rammentare la condanna ai lavori forzati da lui sofferta: l'interesse sociale vieta di riaprirsi simili piaghe, che debbonsi, per l'opposto, cicatrizzare. Così, secondo la dottrina professata dal relatore della legge del 17 maggio 1819, per l'allegazione maliziosa di perdite sofferte da un negoziante può essere portata querela come di offesa fatta se non al suo onore, per lo meno alla sua riputazione.

Ben si scorge quanto sia generoso il sistema della legislazione attuale. Non debbesi però esagerarne l'estensione, ed autorizzare, per esempio, l'azione di diffamazione contro colui che chiama *ladro* l'individuo che è stato di recente condannato come ladro, o *meretrice* la donna iscritta sui registri della polizia. [1]. Tale non era il pensiero degli autori della legge del 17 maggio, i quali vollero, secondo l'esposizione dei motivi presentata dal signor di Serre, impedire la divulgazione « dei fatti di cui la pubblicazione arrecherebbe un danno reale, quantunque fossero veri. » Se essi non hanno riprodotto la distinzione dell'articolo 367 del codice penale relativamente ai fatti *dei quali la legge autorizza la pubblicità*, ciò è stato perchè essi temettero che non se ne fosse abusato per rivelare maliziosamente condanne espiate in opposizione alla dottrina di Vinnio (sul § I, Inst. *de injur.*), ed all'antica pratica (n. 60). Ma essi non poterono considerare come diffamazione l'allegazione di fatti d'una evidenza palpabile, come sono quelli che noi abbiamo indicato.

Secondo i principii generali del dritto penale, richiamati all'occasione della discussione del 1819, la diffamazione, al pari di ogni altro delitto caratterizzato, suppone ad un tempo l'intenzione di nuocere ed il danno arrecato ad altrui. Or, la qualificazione di ladro, per esempio, diretta ad un uomo condannato per furto, non può arrecargli pregiudizio di sorta. Si è in questo senso che il signor di Serre diceva [nella stessa esposizione dei motivi]: « Non havvi diffamazione, secondo la definizione della legge, a ripetere un fatto generalmente notorio, e molto meno quando questa notorietà trae l'origine sua dalla pubblicità degli atti dell'autorità. »

Aggiungiamo finalmente che, anche nel caso in cui la diffamazione è punibile, la verità e la falsità dei fatti imputati è una circostanza tutt'altro che indifferente, come l'ha osservato il signor di Broglie nel suo rapporto alla camera dei pari sulla legge del 17 maggio. Quando i giudici saranno intimamente convinti che havvi calunnia, essi applicheranno il *maximum* delle pene legali, un anno di prigionia e due mila franchi di ammenda, mentre una leggiera maldicenza sarà solamente punibile con un'ammenda di venticinque franchi (legge del 17 maggio 1819, articolo 18).

Del resto, il legislatore del 1819, al pari di quello del 1810, riserva all'autore dell'imputazione la facoltà di denunziare i fatti punibili secondo la legge, e, fatta una volta questa denunzia, si sospende il giudizio del

(1) Alle donne di una virtù equivoca è vietato diriggere simile qualificazione, secondo l'antico adagio: « *Mulieri quae non palam et passim, sed paucis sui facit copiam, competit injuriarum actio adversus eum qui eam meretricem vocavit.* » (Boërius, *dec.* 125).

Digitized by Google

delitto di diffamazione [legge del 26 maggio 1819, articolo 25 [*]]. Qui le cose non vanno regolate solamente dall'applicazione del principio di dritto comune, secondo il quale l'esercizio dell' azione civile trovasi sospeso per quello dell'azione pubblica [codice d'istruzione criminale, articolo 3]. Quand' anche il ministero pubblico dichiarasse non voler dare corso alla denunzia, l'imputato, pel fatto solo della sua denunzia, si colloca sotto l'impero del principio che dettò la legge *cum qui nocentem*, e se egli si espone al rischio di subire la pena della denunzia calunniosa, egli ha, per l'opposto, il vantaggio di non potersi aprire procedimento contro di lui per la semplice ingiuria. Questo risulta dal testo generale ed assoluto dell' articolo 25 della legge del 26 maggio 1819, come l' ha deciso la corte di cassazione, sotto li 8 dicembre 1837 e a 5 luglio 1844.

66. Passiamo ora a quello che concerne la vita pubblica. In proposito occorre distinguere il caso in cui l'esercizio, sia dei dritti costituzionali, sia della libera difesa innanzi ai tribunali, tragga seco immunità completa pei discorsi e scritti, qualunque siasi il grado maggiore o minore di verità dei fatti asseriti, ed il caso in cui l'imputato è ammesso a giustificarsi dimostrando la verità di tali fatti.

67. Sotto il primo punto di vista, nè i discorsi tenuti nelle assemblee legislative, nè i rapporti o documenti pubblicati per ordine di tali assemblee potrebbero dar nascimento ad azione alcuna, salvo, in caso di eccesso, l'esercizio del potere disciplinare affidato al presidente. Lo stesso debbe dirsi, per via di conseguenza, delle relazioni delle sedute di tali assemblee, quando sono redatte di buona fede (1) [legge del 17 maggio 1819, articoli 21 e 22].

La stessa immunità non si estende alle deliberazioni dei consigli generali, distrettuali e municipali. Queste deliberazioni, avendo per oggetto interessi di una sfera più positiva, non ammettono affatto le recriminazioni fooose che la libertà di discussione ci obbliga a tollerare nelle quistioni puramente politiche; questo è stato positivamente deciso dalla corte di cassazione cogli arresti del dì 8 novembre 1844 e del 17 maggio 1845.

Per quanto concerne le riunioni preparatorie sulle quali gli elettori esaminano i titoli dei candidati, è fuor di dubbio che niun testo di legge concede l' immunità assoluta pei discorsi che vi si profferiscono. Ma arrecherebbesi evidentemente un grave ostacolo al pieno ed intero esercizio del dritto elettorale non permettendo in siffatte riunioni la discussione di tutte le circostanze svantaggiose ai candidati che vi si presentano: la libertà dell' elogio trae seco quella del biasimo. Tanto peggio pel commerciante fallito al

(*) Questo è del pari disposto nell' articolo 369 delle nostre leggi penali, così concepito: « La disposizione dei due precedenti articoli non è applicabile ai fatti dei quali la legge autorizza la pubblicità: nè a quelli che l'autor della imputazione avea l' obbligo, per la natura delle proprie funzioni o dei proprii doveri di rivelare o di esprimere.—*Il Traduttore*.

(1) Ai termini della costituzione del 1852 (articolo 24 e 42), le sedute del senato non sono pubbliche, ed i rapporti delle sedute del corpo legislativo che si formano dai giornali o da altre pubblicazioni, debbono unicamente consistere nella riproduzione del processo verbale redatto a cura del presidente del corpo legislativo (vedi, per la sanzione di questa proibizione il decreto del 17 febbrajo 1852, articoli 14, 16 e 18).

Digitized by Google

quale si rimproverano le perdite sofferte dai suoi creditori, pel condannato di cui vanno a divulgarsi gli antecedenti giudiziarii. Essi dovevano, in certo modo, non isvelarsi, venendo a presentarsi ai suffragi dei loro concittadini. Non potrebbe però dirsi lo stesso delle allegazioni che non si riferissero direttamente alla persona del candidato, come, per esempio, se si diffamasse sua moglie o sua figlia; allora il dritto comune riprenderebbe l'impero suo.

Un'immunità più antica [num.60] è quella accordata al foro, salvo l'esercizio del potere disciplinare del tribunale innanzi cui pende il giudizio, potere corrispondente a quello del presidente d'una assemblea legislativa sui membri dell'assemblea medesima. La legislazione dell'impero, poco favorevole agli avvocati, aveva riservato l'azione contro di essi nel caso di *calunnia grave* [codice penale articolo 377]. Quella del 1819, più liberale, non fa altra riserva all'infuori di quella che concerne, sia i fatti diffamatorii stranieri alla causa, sia il dritto dei terzi [legge del 17 maggio 1819, art. 23]. Le difficoltà alle quali può dar nascimento l'applicazione di questa disposizione non hanno relazione al nostro argomento.

68. Passiamo all'ipotesi che ha dato luogo alle quistioni le più delicate, a quella in cui l'imputato è ammesso alla pruova. Il teatro della controversia è l'articolo 20 della legge del 26 maggio 1819, così concepito:

« Niuno sarà ammesso a provare la verità dei fatti diffamatori, eccettuate il caso d'imputazione contro i depositarii o agenti dell'autorità, e contro qualunque persona che abbia agito con un carattere pubblico, di fatti relativi alle loro funzioni. In questo caso, i fatti potranno essere provati innanzi la corte di *assise* per tutte le vie ordinarie, salva la pruova in contrario per le medesime vie. La pruova dei fatti imputati mette l'autore dell'imputazione al coverto di qualunque pena, senza pregiudizio delle pene pronunziate contro qualunque ingiuria che non sia strettamente dipendente dai medesimi fatti. »

Bene inteso però che, come viene sufficientemente indicato dal testo, la facoltà della pruova si lega alla natura degli atti e non alla qualità delle persone; che di conseguenza la vita privata dei funzionarii è protetta contro la diffamazione, al pari di quella dei particolari, ma che il particolare il quale agisce con un carattere pubblico, quand'anche sia un semplice guardia nazionale, è considerato come funzionario. Questa distinzione era ugualmente importante sotto l'impero della legislazione del 1819 per quanto concerne la competenza, poichè la diffamazione relativa ai fatti della vita pubblica era giudicata dalla corte di *assise*, per lo meno quando la diffamazione era stata commessa per mezzo della stampa o con tutt'altro mezzo di pubblicazione; mentre la diffamazione puramente privata è sempre stata giudicata dai tribunali correzionali (legge del 26 maggio 1819, articoli 13 e 14).

69. Questa doppia guarentigia della facoltà della pruova e della competenza del giurì accordata alla libertà della stampa non è stata bene accolta dai funzionarii pubblici. Dapprima reagendo contro il movimento liberale che diè nascimento alla legislazione del 1819, la legge del 25 marzo 1822 [articoli 17 e 18], ristabilì la giurisdizione correzionale per ogni sorta d'ingiurie, ed interdice la facoltà di provare con testimonii la

Digitized by Google

realtà dei fatti diffamatorii: sistema un poco più generoso di quello del codice penale, poichè esso non richiede un atto autentico (vedi numero 63], ma che per malti fatti, dei quali non si può somministrare la pruova per iscritto, rende illusoria la facoltà della pruova. In prosieguo, quando il sistema del 1819 fu rimesso in vigore coll' articolo 5 delle legge delli 8 ottobre 1830, senza impugnare direttamente questo sistema, si è cercato di eluderlo.

Onde sottrarre alla competenza del giurì l'azione di diffamazione per oltraggi diretti contro i funzionarii per mezzo della stampa, si è invocato il principio consagrato dal codice d'istruzione criminale [art. 3], il quale permette l'esercizio dell'azione civile, a scelta della parte, sia innanzi il giurì impossessato dell'azione pubblica, sia separatamente.

La diffamazione, si è detto, essendo un fatto pregiudizievole al funzionario[codice civile, articolo1382-1336], dà nascimento in suo favore ad un'azione civile; questo è tanto vero che la stessa legge del 26 maggio 1819 (articolo 29) stabilisce a sei mesi la prescrizione dell'azione pubblica, ed a tre anni la prescrizione dell'azione civile contro i reati commessi per mezzo della stampa o per qualunque altro mezzo di pubblicazione. In conseguenza la corte di cassazione decideva con numerosi arresti, che il funzionario ingiuriato può, invece di rivolgersi alla corte di *assise*, indirizzarsi ai tribunali civili per reclamare i danni ed interessi. E siccome i magistrati della corte di *assise* rappresentano la giurisdizione civile, la medesima corte giudicava per applicazione delle regole della procedura penale (codice d'istruzione criminale, articoli 358 e 359,) che dopo una dichiarazione affermativa del giurì, la corte, facendo dritto all'azione civile, può aggiudicare al querelante i danni ed interessi, e pronunziare sinanco la soppressione dello scritto.

Se tale è la conseguenza dei principii generali del dritto penale, debbesi confessare che una simile giurisprudenza trovavasi in aperta opposizione colla volontà espressa dal legislatore, quando ebbe luogo la discussione del 1819, di non attribuire, cioè, alla magistratura altro che la conoscenza dell'ingiuria privata, o per lo meno dell'ingiuria verbale, e di riserbare ad una giurisdizione che ha un carattere più liberale, a quella del giurì, la conoscenza delle ingiurie relative alla vita pubblica, quando esse erano commesse con un mezzo qualunque di pubblicazione. Questo conflitto tra' principî generali della penalità e lo spirito della legislazione speciale complicavasi ancora più per le difficoltà di applicazione che presentava il sistema ammesso dalla giurisprudenza. L'azione civile, anche portata innanzi i tribunali civili, doveva trar seco per l'imputato la facoltà di provare i fatti asseriti.

Ma come fornire questa pruova? Siccome la pruova testimoniale non pubblica innanzi ad un giudice commissario non offriva affatto per l'imputato le medesime guarentigia della pruova testimoniale pubblica innanzi la corte di *assise*, come era organizzata per la legge del 26 maggio (articoli 21 e 22), se ne veniva a conchiudere che bisognava fare una pruova testimoniale sommaria all'udienza.

Eravi in tutto questo non poco arbitrio, ed i sistemi più o meno ingegnosi immaginati dagli scrittori per risolvere il problema rendevano più sensibile la necessità dell'intervento del legislatore. Or, mentre la corte di cassazione, contro le conclusioni del procuratore generale, persisteva nella sua giurisprudenza poco favo-

Digitized by Google

revole alla libertà degli scrittori, gli avvenimenti del 1848 fecero riportare vittoria alla causa della stampa, e la quistione di competenza fu decisa in suo favore con un decreto del governo provvisorio in data del 23 marzo 1848 (1), così concepito.

« I tribunali civili sono incompetenti per conoscere delle diffamazioni, ingiurie o altri oltraggi diretti per mezzo della stampa o con tutt'altro mezzo di pubblicazione contro i funzionarii o contro qualunque cittadino rivestito d'un carattere pubblico, per ragione delle loro funzioni o delle loro qualità. L'azione civile nascente da delitti commessi per mezzo della stampa o con qualunque altro modo di pubblicazione contro ogni cittadino rivestito d'un carattere pubblico, non potrà in alcun caso essere intentata separatamente dall'azione pubblica. Essa si estinguerà di pieno dritto pel solo fatto dell'estinzione dell'azione pubblica. »

È interessante però rimarcare che il legislatore del 1848 non aveva consagrato l'opinione assoluta che spingevasi sino a sopprimere l'azione civile. Quest'azione non era punto distrutta; solamente essa doveva essere spiegata innanzi la corte di *assise*, la quale trovavasi allora direttamente impossessata in forza della querela della parte offesa: in diverso modo questa parte sarebbe stata esposta ad una denegazione di giustizia. Non è stato mai messo in dubbio che il querelante può ottenere i danni ed interessi, quand'anche siasi negativamente risoluta la quistione di colpabilità; poichè può esservi una calunnia a sufficienza biasimevole per dar luogo a risarcimento civile, senza essere abbastanza grave per trarre seco una condanna penale.

Oggi la costituzione del 1852 non ha riprodotto le disposizioni della costituzione precedente in favore della libertà della stampa, e precisamente quella che, trasformando il giurì in giurisdizione civile, lo chiamava a pronunziare solo sui danni ed interessi (costituzione del 1848, art. 84). Il regime attuale, il quale tende, per l'opposto, a circondare i funzionarii pubblici d'una protezione affatto speciale, doveva avere per conseguenza logica il ristabilimento, in questa materia, della legislazione del 1822 (n° 69). Quindi il decreto del 13 febbrajo 1852 ha pur ora soppresso nuovamente (articolo 28) la facoltà di provare con testimonii la realtà dei fatti diffamatorii, ed ha nel tempo stesso ristabilito (articolo 25) per tutti i reati commessi per mezzo della stampa o con qualunque altro mezzo di pubblicazione, la competenza dei tribunali di polizia correzionale, abolita dapprima nel 1819, indi nel 1830.

70. Tali sono le ragole sulla pruova dei fatti diffamatorii per quanto concerne l'azione civile intentata per ragione della diffamazione commessa con un mezzo qualunque di pubblicazione. Ma che debbesi decidere relativamente alla diffamazione commessa del pari contre i funzionarii, ma puramente verbale? La conoscenza ne appartiene evidentemente

(1) Gli articoli 83 e 84 della costituzione del 1848 erano concepiti nello stesso senso. Il progetto di costituzione andava più oltre; esso attribuiva al giurì la conoscenza di tutti i reati commessi per mezzo della stampa o con qualunque altro mezzo di pubblicazione. Ma non eravi un interesse reale a sottoporre al giurì le quistioni di diffamazione puramente privata, nelle quali la pruova dei fatti diffamatorii non è ammessa. Quindi la legislazione del 1819 era stata implicitamente conservata pel rinvio che faceva l'articolo 83 alle leggi organiche per determinare la competenza in materia di delitti, d'ingiurie e di diffamazione contro i particolari.

Digitized by Google

alla giurisdizione correzionale, ai termini dell'articolo 14 della legge del 26 maggio 1819.

Ma la giurisdizione correzionale doveva trar seco per l'imputato il divieto di somministrare la pruova. Questo è stato costantemente deciso dalla corte di cassazione, anche sotto l'impero della legislazione del 1848, la quale avea dato una nuova sanzione al principio della libera discussione degli atti dell'autorità (vedi gli arresti del 31 gennaro, 9 marzo e 12 agosto 1850). Questa giurisprudenza fondasi principalmente sopra un argomento *a contrario*, tratto dagli articoli 20 e seguenti della legge del 26 maggio, articoli i quali contemplavano la pruova dei fatti diffamatorii innanzi la sola corte di *assise;* il che sembrava escludere questa pruova innanzi la giurisdizione correzionale. Ma è facile rispondere a quest'argomento, riportandoci alla discussione del 1819, nella quale rinviensi l'origine di queste due disposizioni, relative, l'una alla pruova, l'altra alla giurisdizione competente.

Gli articoli 20 e seguenti appartengono al sistema del progetto di legge, nel modo in cui era stato presentato alla camera dei deputati, ai termini del quale qualunque reato di diffamazione doveva essere giudicato dalla corte di *assise*. Solamente alla fine, ed in seguito d'una modificazione, venne inserito nella legge l'articolo 14, tendente a sottomettere ai tribunali correzionali non solo le ingiurie contro i privati, per le quali la pruova non era permessa, ma benanco l'ingiuria verbale verso i funzionarii pubblici. Qual era il motivo di siffatta innovazione? senza dubbio, quello di non sopraccaricare il giurì, chiamandolo a giudicare di semplici parole, che rientravano evidentemente nella competenza dei tribunali correzionali.

Non v'ha cosa d'altronde nella discussione che indichi l'intenzione di fare una distinzione, per quanto concerne la pruova, in opposizione al testo generale dell'articolo 20: « Nessuno verrà ammesso a provare la verità dei fatti diffamatorii, eccettuato il caso d'imputazione contro i depositarii o agenti dell'autorità. » Egli è vero che si parlò della libertà della stampa, ma non fu questa la principale idea dei redattori della legge del 1819; quello che essi ebbero maggiormente in mira si fu di autorizzare la libera censura degli atti dell'autorità, senza fare distinzione tra' mezzi pei quali operavasi la censura medesima. In fatti, nella seduta del 27 aprile 1819, Royer-Collard, dopo avere richiamato alla memoria che, nel sistema della legge, la vita privata era *murata*, aggiungeva: « Se voi cingete di mura la vita pubblica dovete riconoscere che la potenza pubblica diventa patrimonio del funzionario, diventa un campo che egli potrà coltivare a suo talento, senza che il campo abbia la facoltà di mormorare, poichè esso è la proprietà di colui che lo coltiva. »

Ebbene il dritto di *mormorare* non trae forse seco quello d'impugnare, anche verbalmente, gli atti dei funzionarii? Noi siamo quindi di avviso che la pruova dei fatti diffamatorii, nella specie, dev'essere del pari ammessa innanzi la giurisdizione correzionale; il che oggi incontra minore difficoltà, perciocchè, ai termini dell'articolo 28 del decreto del 17 febbrajo 1852, i fatti diffamatorii non possono più esser provati per mezzo di testimonii, ed in tal guisa rimangono troncate quelle difficoltà che faceva sorgere la somministrazione della pruova te-

Digitized by Google

stimoniale innanzi ai giudici correzionali.

Aggiungiamo, finalmente, che non debbesi dare alla opinione nostra una estensione che essa non ha, supponendo che noi permettiamo la pruova della verità dei fatti articolati in ogni attacco verbale diretto contro gli agenti dell'autorità. Ogni volta che havvi oltraggio fatto pubblicamente in un modo qualunque ad uno di tali agenti per occasione delle sue funzioni o della sua qualità, per esempio, quando un magistrato è stato insultato nell'esercizio delle sue funzioni, l'autore dell'oltraggio cade sotto il colpo d'una penalità speciale, stabilita dall' articolo 6 della legge del 25 marzo 1822, e non può essere ammesso a giustificarsi in un modo qualunque. Noi non siamo nei termini della legislazione speciale sulla diffamazione, se non quando le imputazioni dirette contro il funzionario non sono state accompagnate da alcuna espressione ingiuriosa, da alcun termine di disprezzo, da alcun gesto tale da farlo degenerare in oltraggio. Quindi è facile riconoscere che, in fatto, in più di un caso in cui la giurisprudenza ha ricusato d'ammettere la pruova, eranvi giusti motivi per non autorizzarla, ai termini della legge del 1822, qualunque siasi d'altronde l'interpretazione da darsi a quella del 26 maggio 1819.

Digitized by Google

Digitized by Google

PRIMA PARTE

ESPERIENZA PERSONALE

71. I casi nei quali il giudice prende personalmente conoscenza dei fatti a verificarsi, debbono essere molto rari. Quasi sempre gli avvenimenti sui quali versa il litigio, sono accaduti fuori del recinto della sua residenza, e quindi egli non potrà pronunziarsi che sulla fede altrui, ovvero *dirigendosi* sopra presunzioni. *Egli* può, a dir vero, essere stato benissimo come uomo testimonio dei fatti che è chiamato a decidere come giudice, ma in tal caso potrà egli pronunziarsi dietro le sue personali conoscenze, allontanandosi da quello che gli viene manifestato dall'istruzione?

A primo aspetto potremmo essere tentati ad adottare l'affermativa. La verità è una, può dirsi; purchè abbiamo l'intimo convincimento d'essercene impossessati, poco importa il mezzo pel quale siamo pervenuti a siffatto convincimento. Ma il giudice può egli crivellare la sua propria testimonianza? Può egli staccarsi da se medesimo, per iscandagliare i motivi d'interesse, di affezione, di preoccupazione, che avranno, all' insaputa di lui, influito a formare la sua opinione sopra il tale o tal altro fatto? Le più gravi autorità riconoscono che, nel foro interno, il giudice è tenuto a profferire la sua decisione, non dietro quello che egli sa come uomo, ma dietro quello di che è venuto in conoscenza come giudice.

« Quum judicium ad judices spec-
« tet, dice Tommaso d'Aquino [sec,
« parte, questione 67, articolo 2],
« non secundum privatam, sed secun-
« dum pubblicam potestatem oportet
« eos judicare, nec secundum veri-
« tatem, quam ipsi ut personis pu-
« blicis, per leges, per testes, per
« instrumenta et per allegata et pro-
« bata, res innotuit. » La corte di Riom ha applicato questa dottrina, a 3 novembre 1809, al genere di cause che sembra lasciare al tribunale il potere discrezionale più assoluto, alle materie commerciali.

Ma fare in cotal guisa astrazione delle proprie rimembranze è un'impresa ben malagevole per l' umana fralezza. I fatti che crederemo esaminare colla più scrupolosa imparzialità, non si presenteranno più ai nostri sguardi se non a traverso del prisma di una prima impressione fa-

Digitized by Google

Digitized by Google

PRIMA PARTE

ESPERIENZA PERSONALE

71. I casi nei quali il giudice prende personalmente conoscenza dei fatti a verificarsi, debbono essere molto rari. Quasi sempre gli avvenimenti sui quali versa il litigio, sono accaduti fuori del recinto della sua residenza, e quindi egli non potrà pronunziarsi che sulla fede altrui, ovvero dirigendosi sopra presunzioni. *Egli* può, a dir vero, essere stato benissimo come uomo testimonio dei fatti che è chiamato a decidere come giudice, ma in tal caso potrà egli pronunziarsi dietro le sue personali conoscenze, allontanandosi da quello che gli viene manifestato dall'istruzione? [illegible]

A primo aspetto potremmo essere tentati ad adottare l'affermativa. La verità è una, può d[illegible] biamo l'in[illegible]imo con[illegible] cene impo[illegible] mezzo [illegible]

nione sopra il tale o tal altro fatto. Le più gravi autorità riconoscono che, nel foro interno, il giudice è tenuto a profferire la sua decisione non dietro quello che egli [illegible] uomo, ma dietro quello di [illegible] nuto in conoscenza come giudice.

« Quum judicium ad judicem [illegible]
« tet, dice Tommaso d'Aquino [illegible]
« parte, questione 67, [illegible]
« non secundum pri[illegible]
« dum pubblicam [illegible]
« eos judicare, nec [illegible]
« tatem, quam [illegible]
« blicis, per legem [illegible]
« instrumenta e[illegible]
« bata, res [illegible]

ha applicato [illegible] vembre [illegible] sembra [illegible] tere [illegible] nuovi [illegible]

Digitized by Google

vorevole o svantaggiosa. Il miglior partito a prendere in simil caso per un giudice o per un giurato, si è quello di ricusarsi. Questa via è del resto tracciata dall'articolo 259 del codice d'istruzione criminale, il quale vieta al giudice d'istruzione ed ai consiglieri che hanno votato per la sottoposizione ad accusa di sedere nella corte di *assise*. Si è per la stessa ragione che l'art. 392 dello stesso codice non permette a colui che è stato uffiziale di polizia giudiziaria, testimonio, perito, o parte, di disimpegnare le funzioni di giurato, a pena di nullità. La legge vuole una mente vergine di qualunque impressione attinta fuori della discussione (1). In simile circostanza adunque l'astenersi è un dovere imperioso. Che se fosse troppo tardi per farlo, non essendo dalla lettera della legge pronunziata alcuna nullità, dovrebbesi profferire sentenza; ma in tal caso, almeno in materia criminale, questa posizione eccezionale dovrebbe volgere in vantaggio della parte contro la quale è diretto il procedimento. Se il giurato, dietro le sue conoscenze stragiudiziali, crede l'accusato colpevole, egli non lo dichiarerà tale, se non quando la pruova dei fatti risulti dalla discussione; se, all'incontro, dietro queste medesime conoscenze, egli lo reputa innocente, l'*intimo convincimento* richiesto dall'art. 342-292 del codice d'istruzione criminale, non potrà formarsi nella di lui coscienza, e quindi dovrà votare per la liberazione [2].

Nelle cause civili, in cui gl'interessi delle due parti sono ugualmente sacri, non potrebbesi senza ingiustizia seguire questo sistema troppo svantaggioso al convenuto; il giudice dovrebbe sforzarsi a non porre a calcolo che gl'indizii raccolti all'udienza. Il partito più sicuro, noi lo ripetiamo, è quello di prevenire questo grave imbarazzo, ubbidendo allo spirito della legge, val quanto dire col ricusarsi sin dal principio.

72. Basta fin qui sulla conoscenza

(1) In Inghilterra si è per lungo tempo praticato in senso contrario. Desideravasi per l'opposto che i giurati avessero avuto conoscenze speciali sui fatti in controversia; quindi sceglievansi nel vicinato, *de vicineto*. Questa costumanza venne abolita sotto il regno della regina Anna, in materia criminale. Quest'antica organizzazione che avvicinava i giurati ai testimonii, è spiegata in questi termini dal Reeves, nella sua istoria della legge comune (passo tradotto dal signor Cherbuliez in un articolo sul giurì, *rivista di legislazione*, agosto 1851): «Il giurì, quale esso era nella sua origine, differiva essenzialmente da quello che esso è attualmente. Oggi, i giurati sono i giudici supremi delle cause; essi fondano il loro convincimento sopra pruove orali o scritte prodotte innanzi ad essi, ed il loro *verdict* è realmente una vera sentenza. Gli antichi giurati, all'incontro, non erano chiamati a valutare i fatti della causa come magistrati: tali fatti non si discutevano neanco innanzi ad essi. Essi non erano che testimonii, ed il *verdict* non presentava che il risultamento della testimonianza loro, invocata regolarmente, ma al solo oggetto di precisare i fatti litigiosi. Quindi una sentenza per mezzo del giurì non era, propriamente parlando, che una pruova testimoniale; i giurati non si distinguevano dagli altri testimonii che pel giuramento che doveano prestare, pel loro numero limitato, pel rango che la legge assegnava loro, per la qualità di censuarii nei diversi gradi della gerarchia territoriale, e per l'influenza che ne risultava.»

(2) Quello che noi diciamo del giurato non è sempre applicabile al giudice correzionale, il quale è spesso legato da regole speciali. Così, due arresti di cassazione (del 21 marzo 1833 e del 9 agosto 1838) hanno deciso con ragione che, quando una contravvenzione è provata con un processo verbale, che fa fede sino alla pruova in contrario, i giudici non possono liberare gl'imputati fondandosi sul solo motivo della conoscenza personale che essi hanno dei fatti (num. 504).

Digitized by Google

personale de' fatti che il giudice avrebbe potuto acquistare fuori delle sue funzioni. Occupiamoci ora del caso in cui egli percepisce i fatti da se medesimo, ma come giudice. Questo avverasi precisamente, quando esso esegue un accesso sul luogo, in materia civile; in materia penale, quando recasi sul luogo, ed assoda l'ingenere del reato.

PRIMA SEZIONE

Accesso sul luogo.

73. La legge non ha preveduto e regolato gli accessi sul luogo che in materia civile; noi vedremo tuttavia che essi sono ammessibili del pari in materia criminale.

1° *In materia civile.*

74. Nel civile trattasi qualche volta di valutare uno stato di cose attualmente esistente, per esempio, la comunanza di un dato muro, o la posizione di un dato limite. In simil caso qual'è il miglior mezzo di assicurarsi della verità? Si è quello di recarsi personalmente sul terreno litigioso, onde vedere coi proprii occhi, e mettersi in contatto colla realtà:

« Segnius irritant animos demissa per aurem
« Quam quae sunt oculis subiecta fidelibus. »
Orazio.

75. Nei giudicati di pace, lo stesso giudice che deve decidere è quegli che si reca sul luogo, e può pronunziare la sentenza sul luogo stesso, prima di allontanarsene (codice di procedura, articolo 42-145).

Innanzi i tribunali di distretto, non si può battere questa via, a causa degl'inviluppi e delle spese che arrecherebbe il traslocamento in massa del tribunale; rendesi quindi indispensabile delegare un giudice commessario (*ibid.* articolo 295-309). Tuttavia esistono degli esempii, nell'antico e nel nuovo dritto, di visite fatte senza spese da un intero tribunale, avendo ciascun membro desiderato di prendere personalmente conoscenza dei fatti.

Lo zelo di cui i giudici hanno fatto mostra in occasioni di simil natura è, senza dubio, commendevole, ma ad una condizione, che, cioè, il giorno della visita sia anticipatatamente annunziato, e le parti messe in mora a presentare le loro osservazioni. Se fosse altrimenti, le generose intenzioni dei giudici potrebbero divenire un agguato pel litigante non chiamato a somministrare gli schiarimenti, in mancanza dei quali i fatti non potrebbero presentarsi sotto il vero loro punto di vista. Debbesi adunque innanzi tutte le giurisdizioni applicare l'articolo 41-145 del codice di procedura, ai termini del quale il luogo della contesa dev'essere visitato dal giudice di pace *in presenza delle parti*; non già perchè un magistrato non possa individualmente, e fuori l'esercizio delle sue funzioni, eseguire un accesso puramente officioso, se egli crede questo passo utile onde trarre lume per la sua decisione; ma allora l'accesso non dev'essere menzionato nella sentenza.

Dopo qualche esitazione, la giurisprudenza si è pronunziata in questo senso. Un arresto di cassazione del 16 gennajo 1839 annullò la sentenza di un tribunale civile motivata sopra un accesso sul luogo, fatto, *proprio motu*, fuori della presenza delle parti, da taluni membri del tribunale medesimo. « Attesocchè questo accesso, puramente officioso, fatto senza la presenza delle parti.....non potè divenire un elemento legale di decisione, sia relativamente all'intero tribunale che non potè essere illuminato da un rapporto regolare e

Digitized by Google

contradittorio, sia relativamente alle parti che non poterono nè sorvegliare l'operazione e discuterne i risultamenti, nè esercitare all'occorrenza il dritto di ricusa che l'art. 383-476 di procedura accordava loro contro il giudice incaricato di questo accesso.»

76. L'accesso sul luogo è utile quante volte trattisi di fatti apparenti, che non richiedono conoscenze speciali. Così l'articolo 38-142 di procedura lo autorizza espressamente nelle azioni possessorie, come sarebbero quelle per rimozione di termini, usurpazione di terreno, siepi, fossi, ec. Ma quando gli elementi materiali consistono in taluni dati che non è possibile mettere in movimento senza possedere taluni lumi, come quando trattasi della rescissione della vendita di un immobile per causa di lesione, la perizia è preferibile, e questa è precisamente indicata nella specie dalla legge (codice civile, articolo 1778-1524).

In proposito noi leggiamo nell'articolo 286-389 del codice di procedura: «Il tribunale potrà ordinare, quando lo crede necessario, che uno dei giudici si trasferisca sul luogo; ma nelle materie sulle quali non occorre che una semplice relazione di periti, non potrà dare un tal ordine, se non ne viene fatta istanza dall'una o dall'altra parte.»

Quest'articolo non aggiunge, come faceva l'ordinanza del 1667, tit. 21, articolo 1 *a pena di nullità e di tutte le spese, danni ed interessi*. La seconda di queste sanzioni, vivamente combattuta dal presidente di Lamoignon, perchè offensiva pei giudici, era forse necessaria in un tempo in cui una deplorabile cupidità tendeva a moltiplicare senza ragione gli accessi, perchè producevano vacazioni molto lucrose. Oggi che gli accessi non danno luogo che ad un semplice rimborso di spese (1), non havvi più ragion di reprimere simili abusi. La sola sanzione che potremmo ritenere conservata si è quella della nullità. Ma, quando l'accesso ha avuto luogo coll'adempimento delle formalità volute dalla legge, anche senza istanza delle parti, mentre avrebbe potuto essere sufficiente un rapporto di periti, non veggiamo perchè dovrebbe interdersi al tribunale di tener conto di questa operazione, se essa fosse tale da poterlo illuminare, e di farne pagare le spese al succumbente. La nullità non è pronunziata dall'articolo 295-389, e questa nullità sarebbe senza scopo, poichè le parti che poteron concorrere all'operazione non soffrirono alcun detrimento. Questa soluzione è del resto incontrastabile per quanto concerne il giudice di pace, riguardo al quale non trattasi evidentemente che di una quistione di tariffa (tariffa civile, articolo 8, *nota*). L'accesso non dev'essere annullato se non quando, come abbiamo supposto più sopra, esso abbia avuto luogo senza che le parti siano state chiamate ad assistervi [cod. di procedura, art. 297-391];

(1) Debbonsi in proposito seguire le basi stabilite dagli articoli 88 e 89 del decreto del 1811 sulle spese in materia criminale. Presso i giudici di pace, le spese sono determinate dalla tariffa (articolo 8); ma, per quanto possa la perizia essere utile, non è concessa vacazione, se non abbia avuto luogo una domanda di una delle parti, di che dev'esser fatta menzione (nello stesso articolo, *nota*).

A Ginevra, le spese dell'accesso sono pagate (legge del 29 settembre 1810, articolo 230), il che arreca pochi inconvenienti, attesa la rarità delle liti. Altronde gli accessi sul luogo sono in quella città riguardati con molto favore, poichè sono una specie d'istituzione nazionale. Eravi infatti altra volta in Ginevra un *tribunale di accessi*, il di cui ministero non era punto facultativo, ma obbligatorio, e, a quanto sembra, i risultati delle operazioni del medesimo erano sempre sodisfacenti.

Digitized by Google

ma allora ciò avviene per un altro motivo, ed è perchè il principio dalla libera difesa delle parti è stato violato. L'andamento tracciato delle legge per questa procedura non offre del resto alcuna particolarità che meriti di essere dettagliatamente indicata.

2° *In materia criminale.*

77. Il codice d'istruzione criminale non ha tracciato regole relativamente all'accesso sul luogo, come era stato praticato dal codice di procedura civile; debbesi forse conchiudere che l'accesso sul luogo non sia ammessibile se non nelle materie civili? Questo importerebbe supporre che il silenzio della legge basta per fare rigettare un genere di pruova che non sia letteralmente preveduto. Noi, per l'opposto, ci atterremo a questa ragionevole proposizione che, quante volte un modo di verificazione può essere utile, lo si deve ammettere, per la sola ragione che non è proibito. La pratica si è pronunziata in questo senso per l'accesso sul luogo.

Si è parimenti ritenuto che, sebbene in materia criminale non siasi determinata alcuna forma, pure l'esistenza di un giudicato preventivo, che chiami le parti ad assistere all'operazione, debbe considerarsi come sostanziale. Quindi la corte di cassazione, con arresto di rigetto del 22 maggio 1834, ha validato una verificazione fatta pubblicamente, ma fuori della sala di udienza, dalla corte e dai giurati, in presenza dell'accusato e del suo difensore; essa ha per l'incontro, con arresto del 5 settembre 1828, annullato una decisione di condanna profferita in seguito d'un accesso sul luogo eseguito d'officio dal giurì, senza la presenza dell'accusato. Se havvi circostanza in cui una parte possa aver dritto a presentare le sue ragioni e le sue osservazioni, si è certamente quella in cui egli è sottoposto ad un procedimento penale. Questo principio non è, del resto, applicabile solamente alle corti di *assise*; la giurisprudenza l'ha con ragione esteso alle materie di semplice polizia (cassazione, 10 giugno 1830).

Debbesi però rimarcare che l'accesso sul luogo può ben di rado, come nelle materie civili, essere un mezzo completo per risolvere la quistione. Questo può solamente avvenire in talune contravvenzioni, di cui lo stato dei luoghi manifesta chiaramente l'esistenza, per esempio, la mancanza di spazzamento o l'ingombramento della via pubblica pel deposito di materiali (codice penale, articolo 471-461). Generalmente non altro può ritrarsene che indizii capaci a mettere sulla traccia della verità, o per lo meno elementi tali da rischiarare la posizione dei fatti (1). L'accesso sul luogo perde di conseguenza gran parte dell'importanza sua, perciocchè esso non è altro che una pruova in secondo grado, una pruova di pruova. Quindi per lo più nella pratica si usa far semplicemente ritrarre la pianta dei luoghi.

78. Un punto che si lega intimamente all'accesso sul luogo, si è la verificazione del *corpo del delitto* (*),

(1) Questa osservazione applicasi, per esempio, all'accesso eseguito, a 26 novembre 1842, dal tribunale correzionale della Senna, sulla strada ferrata da Versailles (riva sinistra), per indagare la causa della catastrofe delli 8 maggio. Gli elementi che i giudici poterono attingere nella ispezione dei luoghi e nelle esperienze alle quali essi assistirono, erano tutti necessariamente congetturali.

(*) Nell'articolo 54 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali questa verificazione vien chiamata col nome di *ingenere*. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

verificazione la quale esige ordinariamente che il magistrato si rechi sul luogo in cui è avvenuto il fatto criminoso.

In qualunque istruzione criminale è necessario stabilire l'esistenza del reato che dà luogo al procedimento. « Hic ordo servatur » diceva Paolo (sentenza 3, tit. 5, § 11), parlando della tortura alla quale venivano sottoposti gli schiavi il di cui padrone era trapassato di morte violenta, « primum ut constet occisum do- « minum, deinde ut liqueat de qui- « bus ea quaestio habenda sit, at- « que ita de reis inquirendum. » Quando questa pruova preliminare può risultare dalla verificazione di un fatto materiale, per esempio, dalle traccie di morte violenta che si scuoprono sopra un cadavere, dicesi esservi un corpo del delitto. Siffatta verificazione è di una grave importanza.

Non debbesi però ritenere, come taluni suppongono, che senza un *ingenere* debitamente assodato, non possa esservi reato agli occhi della legge. È mestieri dapprima distinguere, cogli antichi interpreti, quelli che lasciano traccia, *delicta facti permanentis*, come sarebbe l'omicidio, e quelli che per loro natura non possono lasciarne, *delicta facti transeuntis*, come per esempio, l'ingiuria verbale.

Per quest'ultima, scorgesi ad evidenza che volere preventivamente assodare il corpo del delitto sarebbe un'impresa chimerica; per l'omicidio, sebbene debbasi con la più grande accuratezza procurare d'indagarne le traccie, nondimeno è impossibile ammettere che il difetto di vestigi materiali possa assicurare l'impunità ad un imputato di cui la colpabilità sia stabilita con testimonianze dirette. Se ciò fosse, basterebbe all'omicida distruggere il cadavere della sua vittima per involarsi ad ogni pena (1). Non può certamente mettersi in dubbio la necessità dell'esistenza di un reato; ma siffatta esistenza può bene essere giustificata in una maniera indiretta, perciocchè anche la colpabilità è capace di una pruova di simil natura (*). Ecco come in proposito si esprime D'Aguesseau (Li requisitoria). « Il « corpo del delitto non è altro che il « delitto medesimo, di cui l'esistenza « può essere stabilita per l'attestato « di testimonii degni di fede, con- « cordanti tra di loro, e che affer-

(1) Questo pregiudizio della necessità di un *corpo di delitto* esercita ancora influenza sopra ingegni distinti. Non si vide forse nel 1840, nella causa Lafarge, impegnarsi la discussione in modo da restringere la quistione nell'analisi scientifica delle reliquie della vittima? Doveva forse il pubblico ministero far dipendere il successo dell'accusa dall'esistenza di taluni segni quasi impercettibili?—La difesa doveva forse dal canto suo poggiarsi esclusivamente a questo lato della causa, quasichè essa si fosse dichiarata vinta per la sola ragione d'essersi assodato l'ingenere di un veneficio?

(*) Il nostro codice, negli articoli 54 e seguenti delle leggi della procedura nei giudizii penali, classifica l'*ingenere* in *principale* e *suppletorio*: ha luogo il primo quante volte esista tuttavia il soggetto materiale su cui il reato è stato commesso; si ricorre ad un secondo quando il soggetto materiale su cui si è commesso il reato, o non esista, o per qualunque causa non possa essere sotto gli occhi dell'uffiziale di polizia giudiziaria. Insomma il fatto permanente è verificato coll'*ingenere* principale, quello transitorio coll'*ingenere* suppletorio. Queste due specie d'*ingenere* possono cumularsi; il che avviene quando una parte solamente della esistenza del soggetto materiale su cui è stato commesso il reato, può essere provata dal fatto permanente. Così nel furto con effrazione, questa sarà riconosciuta come fatto permanente, il furto come fatto transitorio.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

« mino alla giustizia essersi com-
« messo un reato. »

79. Checchè ne sia è interessante raccogliere, quando è possibile, le traccie del reato, prima che siano distrutte: siffatto interesse esiste nel più alto grado quando siasi commesso un misfatto. Quindi il codice d'istruzione criminale prescrive (*articolo* 32-58) che avvenuto un reato, quando il fatto sia tale da meritare una pena afflittiva o infamante[1] [*], un uffiziale di polizia giudiziaria si rechi immediatamente sul luogo per redigere i primi atti dell'istruzione. Nei casi ordinarii, il giudice d'istruzione è il solo che abbia qualità per recarsi sul luogo accompagnato dal procuratore della Repubblica, il quale fa le sue requisitorie in nome della legge, mentre il giudice redige gli atti d'istruzione propriamente detti [*ibid.*, articolo 59-62]. Fuori del caso della flagranza la visita immediata dei luoghi non è prescritta, ma conviene sempre differirla il meno che sia possibile.

In tutti i casi si assoda lo stato del corpo del delitto val quanto dire l'oggetto su cui il reato è stato commesso, ed in generale lo stato dei luoghi [*ibid.*, articolo 32-55]. Si reperta tutto quello che sembra aver servito o essere stato destinato a commettere il reato, tutto quello che sembra esserne stato il prodotto, finalmente tutto quello che può servire al riconoscimento della verità [articolo 35-60].

La legge inoltre prescrive taluni precauzioni atte ad assicurare l'identità degli oggetti repertati: essi devono essere chiusi e suggellati, o per lo meno collocati dentro un vaso o dentro un sacco, sul quale il magistrato istruttore mette una striscia di carta suggellata col suo suggello [*ibid.*, articolo 38-71]. Finalmente può talvolta divenire indispensabile anche l'osservazione delle persone, principalmente quando trattasi di attentato ai costumi. Spetta allora al magistrato istruttore prendere le precauzioni occorrenti onde non offendere, per quanto è possibile, il pudore e la delicatezza sia dell'imputato, sia principalmente della presunta vittima.

SEZIONE SECONDA

COMPIMENTO DELL' ESPERIENZA PERSONALE

Perizia

80. Se non si considerassero che i motivi della fiducia accordata ai periti, val quanto dire ad uomini incaricati di verificare fatti sui quali essi hanno conoscenze speciali, dovrebbesi la perizia collocare a fianco della pruova testimoniale, perciocchè entrambe riposano sopra un'induzione poggiata sulle leggi della natura morale, sulla fede alla testimonianza dei nostri simili. Ma se si scende all'applicazione giudiziaria, se si porta l'attenzione al genere di fatti su' quali versa ordinariamente que-

(1) Tali sono almeno le parole dell'articolo 32 del codice d'istruzione. Havvi però tale urgenza ad assodare subito, in simile occasione, l'ingenere dei delitti propriamente detti, al pari di quello dei misfatti, che la corte di cassazione (arresto di cassazione del 30 maggio 1823, e di rigetto del 1 settembre 1831) non esita punto ad estendere alle materie correzionali le attribuzioni del procuratore della repubblica, e degli uffiziali suoi ausiliarii, in caso di fragranza.

(*) Il nostro codice penale, ha abolito le pene infamanti. L'articolo 4 delle nostre *Leggi Penali* è così concepito: « Nessuna pena è infamante. L'infamia nascente da reato infamante per sua natura non colpisce altri che la sola individual persona del reo. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

sta specie di pruova, si scorgerà che essa ha un oggetto tutto differente da quello della pruova testimoniale. Questa ha per iscopo di fare, per così dire, rivivere il passato; la perizia non versa ordinariamente che sopra fatti presenti [1], di cui essa imprende a scoprire tutti gli elementi. I testimonii sono limitati dalla forza e non possono essere suppliti; i periti sono scelti posteriormente al fatto per eseguire talune incombenze, nelle quali essi servono d'istrumento al giudice, istrumento che può essere rimpiazzato.

E di vero, non potendosi a piacere riprodurre i fatti sui quali i testimonii vengono interrogati, di conseguenza non v' ha mezzo di rifare la loro deposizione, è forza prenderla tale quale essa è, o respingerla, a meno che non vogliano prendersi di guida le nude congetture. La perizia all'incontro non è che un cristallo che ingrandisce gli oggetti: spetta al giudice, il quale ha la facoltà di servirsene, di esaminare in tutta libertà se le immagini che essa gli appresenta siano ben chiare. I periti sono, a dire il vero, gli ausiliarii del tribunale; quindi noi veggiamo che il testo delle nostre leggi ravvicina sovente la perizia alla esperienza personale, mentre simile idea non si è mai presentata al pensiero relativamente alla pruova testimoniale. Senza rimontare all'ordinanza del 1667, la quale confondeva in uno stesso titolo gli accessi sul luogo ed i rapporti dei periti, noi veggiamo il giudice di pace eseguire la visita dei luoghi in compagnia dei periti (codice di procedura, articolo 42-64) autorizzato a farsi accompagnare, per andare ad investigare le traccie del reato, da una o due persone presunte capaci di valutarne la natura e le circostanze. Noi adunque ci conformiamo allo spirito della legge ed alla natura delle cose quando rannodiamo, come abbiamo fatto, la perizia all'esperienza personale.

81. Questo genere di verificazione non aveva in Roma tutta l' importanza che ha nei tempi moderni acquistato. Le scienze e le arti, non essendo così progredite, non erano così di frequente poste in uso. Pur tuttavia noi ne troviamo diverse notevoli applicazioni. Così, nelle controversie di regolamento di confini (leg. 8, § I, *Dig. fin, regund.*), il giudice doveva spedire sui luoghi agrimensori [*mensores*] per verificare i fatti. Quando si trattava del congedo di un militare per ragion di salute, Gordiano [leg. 6, cod. *de re milit.*] esigeva l'esame del giudice e quello delle persone dell'arte ad un tempo: « medicis denuntiantibus et judice competente diligenter examinante. » Quando trattavasi di verificare la gravidanza di una vedova o di una sposa divorziata, noi veggiamo [Ulpiano, leg. I, pr. e § 10, *Dig. de inspic. ventr.*] che la si faceva visitare da tre o da cinque levatrici. (È noto che le dame romane erano nei loro parti assistite solamente da persone del loro sesso). Finalmente dalla novella 64 apprendiamo che eranvi in Costantinopoli dei giardinieri periti: questa costi-

(1) La perizia non ha per oggetto un fatto presente quando si ricerca se un dato fatto sia fisicamente possibile, onde assicurarsi della verosimiglianza di un'accusa, ovvero riconoscere la verità di una testimonianza; come, per esempio quando si ricerca se un suicidio abbia potuto verificarsi in una data posizione (causa del principe di Condé). La perizia in tal caso è ipotetica. Ma anche in questo caso, il perito non si fonda che sopra elementi scientifici attuali, mentre il testimonio raccoglie le sue rimembranze.

Digitized by Google

tuzione tende a reprimere l' abuso che essi facevano del loro ministero, per favorire i loro confratelli a discapito del proprietario del suolo, allorchè essi erano incaricati, alla fine della locazione, di valutare i miglioramenti fatti sul fondo dal giardiniere locatario. Si vede bene che le connivenze dei periti non sono di fresca data.

Nella nostra antica giurisprudenza francese la perizia ricevette grandi sviluppi. Così l'articolo 162 dell'ordinanza di Blois, resa nel 1579, volle precisamente che le quistioni relative al valore degli oggetti fossoro decise da periti, e non più da soli testimonii. Però si fece talvolta abuso della perizia adoperandola nelle materie le più delicate. Una delle più rimarchevoli aberrazioni dello spirito umano relativamente alla pruove giudiziarie si è la singolare pruova dell' impotenza, introdotta nella pratica delle giurisdizioni degli uffiziali nel secolo decimosesto e consagrata dai parlamenti, sino all'arresto del 18 febrajo 1677, che il presidente Lamoignon fece pronunziare dal parlamento di Parigi. Oggi il principio della perizia, sebbene non sia spinto sino a quest'estremo, esercita tuttora una grande influenza, tanto nel civile che nel criminale.

I. PERIZIA CIVILE

82. Ogni qual volta trattasi di una verificazione o di una valutazione che richiede conoscenze particolari, lo spirito della legge domanda la perizia. Non debbonsi adunque considerare come limitative le disposizioni che la richiedono in taluni determinati casi, come quando trattasi di rescissione per causa di lesione di una vendita d'immobili (codice civile, articolo 1678-1524) o della determinazione dell'indennità dovuta al locatario di una fabbrica per difetto di godimento (*ibid.*, articolo 1747-1593). La quistione di vitalità di un fanciullo, per esempio, tanto importante, sia pel marito che volesse impugnarne la legittimità, sia per gli eredi del fanciullo chiamati a raccoglierne i dritti, può forse essere risoluta altrimenti che col soccorso delle persone dell'arte?

Ma quando la legge ordina la perizia, debbesi intendere in un senso strettamente imperativo, in modo da fare in tal guisa della relazione dei periti un preliminare indispensabile, qualunque siasi altronde l'evidenza dei fatti? Boncenne ammette senza distinzione l' affermativa, in tutti quei casi in cui la legge parla di perizia [vedi il suo *Comment. sul titolo delle relazioni dei periti*].

Questa opinione ci sembra incontrastabile, in quei casi nei quali la perizia è stabilita dalla legge come una condizione intrinseca della procedura. Così in materia di registro (legge del 22 glaciale anno VII, articolo 8), l'amministrazione ha dritto a richiedere questa misura per determinare il valore degl' immobili soggetti ad una imposta proporzionale. Noi non saremmo, per l' opposto, proclivi a considerare questo modo di pruova come indispensabile nel caso in cui la valutazione non fosse necessaria se non per dissipare un dubbio nato nella mente del giudice. Così quando una vendita è impugnata per causa di lesione, il prezzo può essere tanto tenue che ordinare la perizia per verificare la lesione, sarebbe compromettere la dignità della giustizia con ispese e lentezze inutili. In siffatto caso sarebbe, secondo noi, poco ragionevole non pronunziare immediatamente la rescissione.

Un arresto della corte di Limo-

Digitized by Google

ges del 14 febrajo 1827 si è pronunziato in favore di questa opinione, precedentemente ammessa nell'antica giurisprudenza. Questo è stato parimenti deciso dalla corte di cassazione per quanto concerne la rescissione della divisione per causa di lesione, con arresto del 3 dicembre 1833. Questo fu del pari il pensiero dei redattori della legge del 2 giugno 1841, che sostituì la perizia facultativa alla perizia obbligata, per la stima preventiva dei beni dei minori che debbono essere venduti giudiziariamente [codice di procedura civile, articolo 955-1031].

Noi faremo tener dietro alla pruova letterale la specie di perizia che ha dato nascimento ai più vivi reclami nell'antico e nel nuovo dritto, la verificazione delle scritture. Noi ci proponiamo di esaminare qui in generale l'andamento della perizia e la fede che può esserle dovuta.

I. ANDAMENTO DELLA PERIZIA

83. Eranvi altra volta dei *periti giurati* che avevano soli il dritto di determinare i valori innanzi ai tribunali. Questa istituzione, di cui ritrovasi ancora la traccia nell'articolo 34-27 del codice penale, il quale enumera tra le incapacità risultanti dalla interdizione, quella di essere nominato perito, oggi non esiste più, almeno in materia giudiziaria[1], perciocchè è noto che per le stime stragiudiziali di mobili, esistono nei luoghi di qualche importanza dei *commessarii-stimatori*, che hanno dritto di procedere alla stima dei mobili, in concorrenza tutto al più con taluni uffiziali, come sono gli uscieri [vedi la legge del 27 ventoso anno IX, la legge del 28 aprile 1816, articolo 89, e l'ordinanza del 26 giugno 1816].

I periti devono essere francesi, poichè trattasi di una specie di delegazione delle funzioni giudiziarie, e non di una semplice testimonianza. Havvi maggiore difficoltà intorno alla quistione se debbano avere la qualità di cittadino. Nel silenzio della legge, si dirà, è difficile richiedere la capacità politica per una delegazione la quale non esige che delle conoscenze affatto peculiari. Ma se questa capacità è richiesta pei testimonii instrumentali, i quali non fanno altro che concorrere all'autenticità dell'atto, può non avvenire lo stesso dei periti i quali sono uffiziali pubblici [codice civile articoli 1317-1271 e 1319-1273], poichè essi redigono processi verbali i quali fanno fede, come vedremo, sino all'iscrizione in falso? Quindi noi veggiamo gli articoli 34-27 e 42 del codice penale collocare sulla medesima linea l'incapacità d'essere perito, e quella d'essere adoperato come testimonio negli atti [num. 393]. Sorge da questo che non potrebbesi, per esempio, affidare una perizia ad una donna o ad un fallito non riabilitato.

Qui si fa una grave objezione, perciocchè può avvenire che una persona di siffatta qualità sia precisamente più capace di un'altra ad apprestare schiarimenti sul fatto in controversia. Il signor Rauter(2) per questo motivo ammette sinanco uno straniero, *necessitatis causa* [3]. Ma havvi

(1) I periti *giurati* che nella pratica si scrivono sovente in una lista preparata con anticipazione, non sono che designati a scelta del giudice, senza essere rivestiti di un monopolio legale.

(2) Corso di procedura civile, § 18.

(3) Il nostro onorevole collega, il signor Colmet d'Ange, nell'interessante lavoro da lui testè pubblicato come compimento delle lezioni di Boitard (§ 88), invoca nuovi argomenti in sostegno dell'opinione del signor Rauter. Egli risponde all'argomento

Digitized by Google

un mezzo come conciliare ogni cosa. Si è sempre riconosciuto che i periti possono associarsi degli assistenti che non prestano giuramento, chiamati *sapitori*. La corte di cassazione ha sinanco ammesso [rigetto del 4 gennaro 1820] che i sapitori possono essere aggiunti d'officio ai periti colla sentenza stessa di designazione. Il rimedio è adunque subito trovato. Suppongasi, per esempio, che trattisi della confezione di uno di quegli oggetti di moda di cui la stima suppone la valutazione di quei dettagli delicati che l'occhio solo di una donna può ben discernere: non si ammetterà certamente una modista a redigere un processo verbale autentico, ma verrà aggiunta ai periti onde dirigerli nel loro esame.

84. Il modo di designazione dei periti ha subito un notevole perfezionamento nel dritto moderno. Un tempo ciascuna parte nominava il suo perito. Risultavano da questo due gravi inconvenienti: il primo si era che ciascun perito, avendo in certo modo per cliente uno dei litiganti, era inclinato a preoccuparsi più della difesa dei di lui dritti che della ricerca della verità: il secondo si era che quasi sempre eravi disparere, e quindi dovessi ricorrere alla nomina di un terzo arbitro, la quale traeva seco un nuovo esame e novelle spese.

Ritornando ad un uso che rimonta alla legge delle Dodici Tavole (1), i redattori del codice civile, in proposito della rescissione delle vendite d'immobili per causa di lesione, hanno organizzato un sistema di gran lunga preferibile [codice civile, articoli 1678-1524, 1679-1525-1680-1526). Tre periti nominati *ex officio*, se le parti non hanno potuto mettersi di accordo nella scelta, stendono un solo processo verbale [per lo addietro ciascuno stendeva il suo], e vi enuncieranno il loro giudizio a pluralità di voti. Se vi siano disparori, essi ne indicheran-

dedotto dall'articolo 34-27 del codice penale, che se la qualità di perito è assimilata a quella di testimonio instrumentale, essa lo è del pari a quella di testimonio in giudizio. Or, la donna può deporre in giudizio, essa può fare una dichiarazione di nascita (codice civile, articolo 56-58). Per quanto concerne l'objezione poggiata sul motivo che i periti redigono un processo verbale che ha una certa autenticità, il signor Colmet d'Arge la toglie, permettendo ai giudici di ordinare che il processo verbale si rediga dal cancelliere della giustizia di pace del luogo (codice di procedura, articolo 317-411). Questo espediente ci sembra un poco arbitrario. A noi sembra doversi preferire che la redazione del rapporto debba conferirsi ad un vero perito, che abbia delle conoscenze speciali sulla materia, salvo ad associare a lui la donna, il minore, e l'estraneo, in qualità di *sapitori*: peraltro queste funzioni non hanno nulla di umiliante, perciocchè sono state affidate ai sindaci (*maires*) nella specie decisa dalla corte di cassazione a 4 gennaro 1820. Se l'articolo 34 del codice penale sembra collocare sulla stessa linea del perito il testimonio che depone in giudizio, al pari del testimonio instrumentale, non avviene lo stesso dell'articolo 42, il quale distingue dall'incapacità di deporre in giudizio, quella di essere *perito o adoperato come testimonio negli atti*. È altronde agevole scorgere nel perito investito delle sue funzioni in forza del giuramento una specie di delegato dell'autorità giudiziaria. Nulla di simile nella posizione della levatrice ammessa *ex necessitate* a dichiarare la nascita alla quale essa ha assistito. In questa guisa rimane spiegato quello che sembra singolare all'onorevole nostro contradittore, la ragione, cioè, per la quale essa non può essere testimone instrumentale dello stesso atto in cui essa figura come dichiarante (codice civile, articolo 37-39).

(1) Vedi Cicerone, *de legibus*, libro 1, cap. XXI, e Festus, al vocabolo Vindicia e.

Digitized by Google

no i motivi, senza che sia permesso di far conoscere di qual sentimento sia stato ciascun perito.

Boncenne scorge in quest'ultima prescrizione uno squarcio dell'antica procedura segreta. Nondimeno havvi una differenza molto pronunziata tra il testimonio, semplice relatore dei fatti, ed il perito il quale, emettendo una opinione personale, incorre una responsabilità ben altrimenti grave.

Nè i giudici nè i giurati votano pubblicamente. La legge potè senza essere inconseguente assicurare la medesima guarantigia agli uffiziali di cui il lavoro prepara le decisioni giudiziarie. Del resto, le regole tracciate nel codice sono state generalizzate dal codice di procedura: esse sono state anche semplificate nel senso che le parti maggiori di età possono convenire nella scelta di un solo perito (codice di procedura, articolo 303-397). Questa semplificazione sembra che debba applicarsi anche al caso di rescissione per causa di lesione, poichè essa rientra perfettamente nello spirito delle regole del codice civile, di cui è il compimento.

85. I periti possono essere ricusati se siano stati nominati di uffizio; in caso diverso, la parte che vorrebbe dolersene, deve imputare a se medesima la propria scelta, salvo tuttavia il caso in cui sopraggiugesse un motivo di ricusa nell'intervallo tra la designazione e la prestazione del giuramento (*ibid.*, artic. 308-402). Dopo questa prestazione si presume che la santità del giuramento farà tacere qualsivoglia considerazione d'interesse personale che potrebbe manifestarsi.

Nei tempi andati i motivi di ricusa pei periti erano i medesimi che per i giudici: oggi sono quelli pei quali un testimonio potrebbe essere ripulsato [*ibid.*, art. 310-404]. Questo cambiamento toglie, da un lato, un gran numero di motivi che non hanno per colui che dà un parere la stessa importanza che hanno per colui che giudica; da un altro canto, esso rende comuni ai periti taluni motivi di rigetto contro i testimonii, che non si possono supporre nei giudici, precisamente lo stato di accusa o la condanna ad una pena correzionale per furto (comparazione tra gli articoli 283-398 e 378-470 del codice di procedura civile). Del resto, una teoria restrittiva, qualunque essa siasi, non ha pei periti, e lo stesso può dirsi pei giudici, gli stessi inconvenienti che ha pei testimonii. La legge può senza pericolo essere severa quando havvi possibilità di scegliere.

86. I periti entrano in funzione per la prestazione del giuramento innanzi ad un membro del tribunale, giudice commissario, o innanzi ad un giudice di pace delegato [*ibid.*, articolo 305-399]. Da questo momento essi hanno dritto ad una ricompensa stabilità dalla tariffa *tariffa civile*, libro II, capitoloo VI). La perizia è sottoposta alla sorveglianza delle parti interessate. Il processo verbale della prestazione del giuramento, indicherà il luogo, giorno ed ora della prima operazione; esso sarà intimato alle parti che non si saranno trovate presenti (*ibid.*, articolo 315-409) (*). In prosieguo non sarà fatta alcun'altra intima; solamente alla fine di ciascuna seduta, i periti indicheranno dove a quando avrà luogo la seguente. La parte che non sarà stata presente non potrà dolersi che con se medesima della

(*) La parte che avea promesso per iscritto di trovarsi alle operazioni di una perizia senza citazione, non avea bisogno di essere avvisata del giorno in cui i periti aveano rimesso la continuazione della perizia, quando è stata contumace il primo giorno. Cassazione, 17 maggio 1847. — *Il Traduttore*

Digitized by Google

ignoranza delle operazioni. In ogni evento, Boncenne fa con ragione osservare che il dritto che hanno le parti di assistere ad una perizia, non può intendersi relativamente alle deliberazioni intime degli arbitri sul parere da adottarsi, ma soltanto per quanto concerne le operazioni esterne.

La legge di procedura del 1819, in Ginevra, ha reso semplicemente facultativa la redazione per iscritto del rapporto dei periti, la quale è presso di noi obbligatoria. Questa innovazione, poggiata sopra i vantaggi teorici che offrono le spiegazioni verbali, ha poi nella pratica avuto poco successo. Boncenne fa osservare che, sopra 563 perizie ordinate dal tribunale del cantone di Ginevra, dal 1829 al 1836, vi sono state 546 relazioni scritte e 17 relazioni verbali solamente. La scienza ha sovente le sue aberrazioni; preoccupata dell'utilità che offre ordinariamente la discussione orale, essa avea in questo punto perduto di vista la complicazione abituale delle quistioni sottoposte alla perizia, complicazione che richiede una redazione scritta per istabilire le idee.

Tuttavia havvi una modificazione utile, già ammessa dal parlamento di Parigi [arresti del 26 luglio 1737 e del 3 aprile 1785], la quale consiste nel sentirsi dal tribunale i periti, quando il rapporto loro offre qualche difficoltà. Noi femmo già più sopra rilevare che le nostre leggi ammettono una sola relazione, alla pluralità di voti, invece dell' urto delle relazioni contradittorie che aveano luogo anticamente. Non altro ci rimane ora che ad esaminare la fede dovuta a siffatta relazione.

2° *Valore della perizia.*

87. Per determinarsi il valore legale di questo genere di pruova è mestieri fare una distinzione applicabile, come vedremo in proseguo, a qualunque atto autentico. Quando i periti certificano che essi sono stati in un dato giorno in un dato punto, che una data persona assisteva alle loro operazioni, ec.; allora, siccome essi non fanno che riferire, dietro la testimonianza dei loro sensi, de' fatti positivi, che hanno qualità per attestare, essi meritano fede sino all'iscrizione in falso (rigetto, 14 gennaro 1836): in tal caso essi sono uffiziali pubblici temporanei. Quando però, per l'opposto, essi emettono la loro opinione sul punto controverso, allora, qualunque sia la loro buona fede, si può dubitare che essi abbiano scoverta la verità sopra dati più o meno congetturali. Tuttavia l'antica consuetudine di Parigi diceva: « Una relazione di giurati debitamente fatta farà fede, quando non se ne chiegga la revisione dei baccellieri. » Chiamavansi *baccellieri* le persone dell'arte che aveano cognizioni in proposito, delle quali potevasi invocare l'esperienza. Ma se le parti non chiedevano la revisione, il giudice era legato dalla relazione. Da ciò il vecchio adagio, male a proposito riprodotto da taluni scrittori moderni: *Ad quaestionem facti respondent juratores; ad quaestionem juris respondent judices.* Muovendo da questa idea, vera anche ai giorni nostri in Germania [*], il signor Mittermayer paragona i periti ai giurati (1).

(*) Nel codice per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla il giudizio concorde di tre periti fa piena pruova, tranne quando il fatto sembrasse ai giudici abbastanza schiarito, nel qual caso potranno ordinare che siano dati ulteriori schiarimenti dagli stessi periti, o che da altri sia fatta una seconda perizia. Se fra i tre periti anche un solo dissenta dagli altri, i giudici potranno parimenti ordinare una seconda perizia. — *Il Traduttore.*

(1) Mittermayer, *pruova in materia criminale*, parte III, capit. XXVI.

Digitized by Google

Siffatto principio cessò d'essere presso di noi ammessibile sin dal momento della riforma della consuetudine di Parigi, di cui l'ultima redazione prescrive: «La relazione deve essere depositata in giudizio, onde se ne faccia nella sentenza quel conto che di ragione.» Bisogna adunque sostituire all'antica massima: *Ad quaestionem facti*, ec., quest'altra, molto più ragionevole: *Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam.* «I giudici, dice l'articolo 323-417, non sono obbligati di conformarsi al sentimento dei periti contra la propria convinzione.» Debbesi encomiare la nostra antica giurisprudenza per aver saputo, almeno in questa occasione, svincolare la coscienza del giudice da quegli inviluppi cui li sottoponeva una consuetudine attaccata minuziosamente alle formalità.

Nondimeno esisteva in talune contrade un altro abuso che il solo codice di procedura ha fatto cessare; consisteva questo nella facoltà attribuita alle parti di una novella perizia. Contrastata in Parigi, ove la consuetudine esprimevasi in una maniera equivoca, questa facoltà era ammessa con molta facilità in taluni luoghi. In Provenza, potevasene fare uso illimitatamente finchè non si fossero ottenute tre perizie uniformi. Malgrado le rimostranze delle corti di Aix, di Agen e di Grenoble, il codice di procedura inaridì questa sorgente di spese, e mantenne il principio dell'indipendenza del giudice in materia di pruove. «Se i «giudici, dice l'articolo 322-416, non «troveranno nella relazione sufficienti «rischiaramenti, potranno di uffizio «ordinare una seconda perizia da «farsi per mezzo di uno o più pe«riti che nomineranno ugualmente «di uffizio. I nuovi periti potranno «chiedere ai precedenti quelle notizie «che stimeranno opportune.» Le parti non possono dunque più chiedere una nuova relazione, e per l'opposto essa può essere ordinata loro malgrado (*).

Però non dobbiamo spingerci sino a sostenere con Boncenne che sia interdetto alle parti di conchiudere che piaccia al giudice ordinare una novella perizia. A noi sembra che questo sarebbe pronunziare una nullità senza scopo veramente ridicola. E di vero, delle due cose l'una: o il tribunale reputerà conveniente una novella perizia, ed allora essa avrà forzosamente luogo; o esso si crederà sufficientemente istruito, ed allora le conclusioni, valide o no, saranno completamente inutili.

88. La corte di cassazione, muovendo dal principio che le leggi concernenti materie speciali non sono state abrogate dal codice di procedura, ha costantemente deciso che (vedi tuttavia gli arresti di cassazione del 17 aprile 1816 e del 28 marzo 1831) nelle cause di registro, secondo la legge del 22 frim., anno VII, i giudici non possono allontanarsi dall'avviso dei periti, salvo ad ordinare una novella perizia. È agevole il comprendere che potrebbesi correr peri-

(*) Muovendo dal principio di base che le perizie sono esclusivamente destinate a porre in chiaro la verità, la giurisprudenza è stata costante nel ritenere che i tribunali sono in questa materia arbitri sovrani.

Si è di conseguenza deciso che, non trovando i giudici del merito elementi per istabilire l'identità dei fondi sui quali si pretende alcun dritto (un canone, per esempio) possono ordinare di uffizio una perizia per formare questa identità.

Corte Suprema di giustizia di Napoli, decisione del 13 marzo 1848 nella causa del *Reale Stabilimento* di A.G.P. di Napoli contro *Manesca*. V. Gazzetta dei Tribunali, anno 1845, pag. 123, q. 1. — *Il Traduttore*

Digitized by Google

colo nell'abbandonare a discrezione di un tribunale troppo proclive ad applicare il detto: *Fiscus post omnes*, valutazioni delicate, che danno luogo a frodi contro il tesoro pubblico. Quello che è più spiacevole si è che siansi in questa materia conservate, senza alcuna utilità, le vecchie forme della perizia [legge del 22 frim. anno VII, articolo 18]: la nomina di un perito per ciascuna parte, indi l'aggiunzione di un terzo arbitro in caso di disparare. Sotto quest'ultimo punto di vista converrebbe, per lo meno, mettere la procedura in materia di registro in armonia col dritto comune.

II. Perizia criminale.

89. Nelle legislazioni in cui la perizia vincola il giudice, è stata necessità sottoporre a regole precise le relazioni fatte da periti in materia criminale. In Francia, ove essa non può costituire che un elemento di convinzione, noi non la troviamo accennata che in quello che riguarda l'istruzione preparatoria.

Noi abbiamo già veduto che, ai termini dell'articolo 43-64 del codice d'istruzione criminale, il magistrato incaricato di fare i primi atti d'istruzione si fa, occorrendo, accompagnare da una o due persone presunte, per la loro arte o professione, capaci di valutare la natura e le circostanze del delitto. Così, nelle quistioni di rottura di muri di cinta, di effrazione, di uso di false chiavi, ec. si chiameranno dei muratori o dei magnani, onde qualificare bene i fatti. L'articolo 44 dello stesso codice prescrive che ogni qual volta trattisi di morte violenta o di una morte di cui la causa è ignota o sospetta, uno o due uffiziali sanitarii facciano il loro rapporto sulle cause della morte e sullo stato del cadavere [1].

Qui, a differenza delle relazioni ordinate in giudizio, la presenza di un dottore non è necessaria: questo avviene perchè possono non trovarsene nella località. Ma quante volte la cosa sarà praticabile, come essa lo è quasi sempre nelle città, converrà chiamare a preferenza un dottore. Le persone in tal guisa chiamate prestano giuramento di fare il loro rapporto e di emettere la loro opinione sul loro onore e sulla loro coscienza. Un arresto di rigetto del 16 luglio 1829 decise che la formula di questo giuramento non è sagramentale, e può essere supplita da espressioni equivalenti. Questa decisione ragionevole parrebbe che dovesse applicarsi a qualunque giuramento prestato di buona fede; sventuramente noi vedremo altrove la legge, armandosi di un rigore esagerato, richiedere talune parole a pena di nullità.

90. Per quanto concerne le discussioni, anche in materia di alto criminale, i nostri codici sono muti sulla perizia, ma non per questo essa non vi spiega una parte importantissima. Debbesi ricorrere ad essa, sia che la perizia non abbia avuto luogo nell'istruzione preparatoria, sia che venga reputata insufficiente. Che anzi, in taluni casi nei quali la valutazione del fatto non richiede conoscenze speciali, sarà utile, anche per ragione della pubblicità della discussione, prendere siffatta via, quando una verificazione diretta offenderebbe la decenza. Quindi non

(1) In Inghilterra, un magistrato eletto dal proprietario del contado è incaricato di fare verificare da un giurì i casi di morte violenta, o per lo meno presunti tali. Esso vien chiamato *coroner* (*coronator*), perciocchè le sue funzioni sono principalmente dedicate alle cause della corona.

Digitized by Google

sapremmo approvare la condotta di un presidente della corte di *assise* della Senna, il quale, nel 1826, ordinò ad una signora di scoprire la gola in piena udienza, onde osservarsi le traccie lasciatevi dalla injezione di un'acqua corrosiva.

91. Quando si richiedono cognizioni mediche, l' articolo 27 della legge del 19 ventoso anno II non permette di affidare le funzioni di periti presso i tribunali che a medici o chirurgi riconosciuti secondo le forme antiche, o a dottori riconosciuti secondo quelle stabilite dalla stessa legge. All'infuori di questa ipotesi, la perizia, non essendo sottoposta a regole dal codice d' istruzione criminale, non è altro che un mezzo adoperato in forza del potere discrezionale [1] [codice d' istruzione criminale, articolo 268] per giungere a scovrire la verità. Quindi debbesi ammettere, come è stato deciso per gl' interpreti [rigetto, 2 marzo 1827], che qualunque persona può disimpegnare nel criminale le funzioni di perito, anche uno straniero, poichè il presidente della corte ha il dritto di fare ascoltare qualunque persona [*ibid.* articolo 269-243]. Una giurisprudenza contrastabilissima dispensa il perito che è stato in tal guisa nominato dal prestar giuramento in qualità di testimonio [rigetto 20 febrajo 1834 e 16 gennajo 1836].

Il potere discrezionale ha nondimeno i suoi limiti; sebbene il testo, il quale vieta di scegliere i periti fra' giurati e fra' giudici (*ibid.*, articolo 332), non si applichi letteralmente ai periti, sembra però che questo sia semplicemente un'applicazione del principio costante che non permette ad una stessa persona di cumulare due qualità contraddittorie. Tuttavolta si è giudicato [rigetto, 26 giugno 1828] che il presidente di una corte di *assise* può levare egli stesso e presentare nella discussione una pianta descrittiva dei luoghi in cui il reato è stato consumato. Ma il potere discrezionale dev'essere inteso nel senso che il presidente possa non solamente ordinare, ma benanco, il che sarebbe per lo meno bizzarro, eseguire egli stesso le operazioni utili alla manifestazione della verità?

92. Il ministero di perito, facultativo in materia civile, non debbe forse essere obbligatorio in materia criminale, per ragione della gravità delle quistioni che trattasi di risolvere? Invano direbbesi che, a differenza del testimonio, il perito può essere rimpiazzato [2]. Può esservi una data persona la quale, possedendo delle cognizioni speciali, trovasi più che qualunque altra nel caso di dare preziosi rischiaramenti sulla controversia. Per questa ragione l'antica giurisprudenza mostravasi severissima pei medici o chirurgi che disubbidivano all'ordine del giudice, ricusando il loro ministero: essi potevano sinanco essere spogliati dei loro gradi.

Le nostre leggi attuali non hanno pronunziata alcuna pena speciale per un simile rifiuto, e questa è precisamente una delle circostanze nelle quali debba deplorarsi l'assenza nel corpo medico di qualunque giurisdizione disciplinare.

(1) Questo potere attribuito espressamen- dalla legge al presidente della corte di *assise* esiste esso nelle giurisdizioni inferiori? Sì, nel senso che si potrà ordinare di uffizio quello che può rischiarare il tribunale, ma non nel senso che possano lasciarsi da canto le forme ordinarie, per esempio l'obbligo di far prestare il giuramento ai periti.

(2) Vedi Mittermayer, capit. XXVIII, num. 7.

Digitized by Google

Tuttavia la corte di cassazione, nel 1836, credette potere applicare ad un uffiziale di salute, il quale avea ricusato di visitare un cadavere, l'articolo 476-461, num. 12-15 del codice penale che pronuncia un'ammenda da sei a dieci franchi contro coloro i quali, richiesti e potendo « avranno ricusato o trascu-« rato di prestar soccorsi e servizii, « nei casi di accidenti, tumulti, nau-« fragi, inondazioni, incendii o altre « calamità, come nel caso di brigan-« taggio, saccheggio, flagrante de-« litto, clamori pubblici o esecuzioni « giudiziarie. »

È a notarsi però che questa è una pena leggiera, e che inoltre l'articolo476-461 del codice penale, come quello che suppone l'urgenza, non può esser applicato se non nella istruzione preparatoria, quando può temersi che le traccie di un reato recente non si sperdano all'udienza; quando però trattasi di un'opera tutta intellettuale, di una specie di consulta, non havvi più pericolo nel ritardo, la sanzione penale manca, ed il dovere di accettare le funzioni di perito non poggia più che sulle leggi dell'onore e della coscienza.

93. Quello che non può mettersi in controversia si è che l'esame dei periti all'ordienza perdare spiegazioni sul lororapporto, facoltativo nel civile, è nel criminale necessario quando è richiesto [cassazione, 12 frim., annoXI]. Non può negarsi una discussione orale sopra punti tanto importanti, quando questa discussione sia stata provocata come necessaria per la manifestazione della verità [codice d'istruzione criminale, articolo 408-246].

94. Riguardo alla fede dovuta a siffatta relazione, essa non é nel criminale maggiore che nel civile. È sempre permesso allontanarsi dall'opinione dei periti, e la corte o il tribunale hanno sempre la facoltà di ordinare una nuova perizia [*]: facoltà della quale ci rammentiamo quanto grande uso siasi fatto nella causa *Lafarge*.

Il principio che la opinione dei periti non può legare il tribunale, se non quando sia fondata sopra la ragione e la verità, prevale oggi anche in Alemagna (1).

Ad ogni modo è interessante non allontanarsi arbitrariamente dall'opinione emessa da uomini che hanno conoscenze affatto speciali. In proposito debbonsi esaminare pre-

(*) La nostra giurisprudenza ha costantemente ritenuto che nelle materie penali il magistrato, in fatto di perizie, può regolarsi completamente secondo il suo criterio morale.

« Nelle materie penali è lasciato ai giudici l'arbitrio di rigettare o no la dimanda di una perizia ».

Corte suprema di Napoli, cam. crim., arresto del 15 novembre 1840, nella causa di Raffaele Boccia.—V. Gazzetta dei tribunali, anno 1849, num. 519, pag. 821, qu. 2.

Unif. la stessa corte, nella causa di Francesco Daino, arresto del 21 marzo 1851. —V. Gazzetta dei tribunali, anno 1851, n. 573, pag. 420, qu. 1.

« Il giudice di fatto può convincersi contro il parere dei periti generici. »

Corte suprema di Napoli, arresto del 19 giugno 1850, nella causa di Carlo Caristi.—V. Gazzetta dei tribunali, anno 1850, num. 460, pag. 849.

« Nell'esistenza di un doppio elemento di pruova, di due perizie opposte e contrarie, ed in parte difformi, il magistrato ha la facoltà di formare sopra di esse il convincimento secondo il suo criterio morale. »

Corte suprema di giustizia di Napoli, arresto del 5 marzo 1847, nella causa di Saverio Pellecchia.—V. Gazzetta dei tribunali, anno 1847, num. 210, pag. 12. —*Il Traduttore*.

(1) Ordinanza criminale di Prussia, § 388; codice Bavaro, articolo 265.

Digitized by Google

cisamente tre punti [1]: 1. Le leggi scientifiche sulle quali si fondano i periti sono esse costanti o soggette a contestazione? 2. L'applicazione di queste leggi scientifiche alla specie è essa conforme alle regole d'una sana logica [**]? 3. Le dichiarazioni dei periti sono esse in armonia colle confessioni dell'accusato e colle dichiarazioni dei testimonii?

(1) Vedi Mittermayer, capit. XXX.

(**) La corte suprema di giustizia di Napoli ha sanzionato virtualmente l'applicazione di questa regola decidendo che i giudici del merito non sono obbligati ad uniformarsi al sentimento dato dai periti, quando hanno altri argomenti di pruova in contrario, *massime se questo sentimento è fondato sopra congetture.*

Arresto del 21 dicembre 1847, nella causa Scimitarra e Cerroni.—V. Gazzetta dei tribunali, anno 1847, num. 289, pagina 645.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

SECONDA PARTE

FEDE ALLA TESTIMONIANZA

PRUOVE PROPRIAMENTE DETTE.

95. Noi abbiamo condotto a termine quello che dovevamo esporre sulla pruova diretta che risulta dall' esperienza personale, sia riguardo a questa pruova in se stessa, sia relativamente alla perizia che ne è l'ausiliare. Le altre pruove che non si legano in tal guisa all'evidenza, sono tutte convergenti in questo, che esse si rifesiscono a fatti avvenuti fuori della sfera d'osservazione del giudice. Ma esse si distinguono per la via che segue il giudice onde giungere a tali fatti. Abbiamo osservato che chiamansi specialmente *pruove* quelle nelle quali egli si riporta alla testimonianza dell'uomo; e *presunzioni* quelle nelle quali egli non si fondá che sopra fatti dell'ordine fisico o dell'ordine morale. In questa categoria ci occuperemo delle pruove propriamente dette, val quanto dire dell'uso della testimonianza, prendendo questo vocabolo nel suo più esteso significato (num. 15), onde pervenire allo scovrimento della verità.

96. Due sistemi assoluti possono idearsi onde scorgere il sentiero che è mestieri tracciare per raccogliere testimonianze sopra avvenimenti passati. Il primo di questi sistemi consiste nello stabilire un fatto giudiziario, come qualunque fatto di tutt'altra natura, ricercando, senza alcun piano preconcepito, senza alcuno inviluppo, tutto quello che può far riconoscere l'esistenza di questo fatto. Bentham [1] dà come tipo di questo sistema la via che batte un buon padre di famiglia quando vuole indagare l'autore di qualche infrazione alla disciplina domestica. La procedura romana, sì sottile sotto altri rapporti, si avvicinava molto, relativamente alle pruove, a questo andamento così semplice, perciocchè le regole che in altre materie legavano il convincimento del giudice, erano in questa quasi interamente sconosciute sino al Basso-Impero. Si è sovente rammentato in proposito un rescritto di Adriano rapportato nella legge 7, § 1, dig. *de testibus*:

« Quae argumenta et ad quem modum probandae cuique rei sufficiant « nullo satis modo definiri potest. Sicut non semper, ita saepe sine pu-

(1) *Pruove giudiziarie*, lib. 1, tit. 3.

Digitized by Google

« blicis monumentis cujusque rei ve-
« ritas deprehenditur. Alias numerus
« testium, alias dignitas et auctori-
« tas, alias veluti consentiens fama,
« confirmat rei, de qua quaeritur,
« fidem. Hoc ego solum tibi rescri-
« bere possum summatim, non uti-
« que ad unam probationis speciem
« cognitionem statim allegari debere:
« sed ex sententia animi tui te aesti-
« mare debere, quid aut credas, aut
« parum probatum tibi opineris. »

Tale si è del pari il sistema consagrato dal nostro codice d'istruzione criminale, di cui l'articolo 342 è concepito in questi termini:

« La legge non chiede conto ai
« giurati dei mezzi pei quali essi han-
« no formato il loro convincimento;
« essa non prescrive loro delle re-
« gole dalle quali debbano fare par-
« ticolarmente dipendere la pienezza
« e la sufficienza di una pruova; essa
« prescrive loro d'interrogare se me-
« desimi nel silenzio e nel raccogli-
« mento, e d'indagare, nella since-
« rità della loro coscienza, quale im-
« pressione abbian fatto sulla loro ra-
« gione le pruove raccolte contro l'ac-
« cusato ed i mezzi di sua difesa [*]. »

La legge non dice punto ad essi: « Voi terrete per vero qualunque « fatto attestato da tale o tal altro « numero di testimonii; » essa non dice loro neanco: « Voi non reputerete sufficientemente assodata una pruova che non sia formata da un dato processo verbale, da un dato documento, da tal numero di testimonii, da tali indizii: » essa non dirige loro che questa sola interrogazione, la quale racchiude tutta la misura dei loro doveri: *Avete voi un intimo convincimento?*

Sono questi i principii ai quali deve poggiarsi qualunque giurisdizione civile o criminale, quando da un testo speciale non sia stato stabilito il contrario. È agevole, del resto, il comprendere che l'istituzione del giurì poggia particolarmente sopra l'intimo convincimento: la saggia dottrina formulata nel rescritto di Adriano applicavasi anche per lo più alli *judices* cioè ai semplici cittadini chiamati all'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Un altro sistema, diametralmente opposto al primo, consiste nell' indagare la verità per lo mezzo di procedimenti, per così dire, tecnici, determinando talune circostanze di cui l' assenza vieta al giudice di essere legalmente convinto, e di cui la riunione, per l'opposto, trascina forzosamente il suo convincimento. In pieno vigore nell'antica nostra giurisprudenza e in quasi tutta l'Europa, pria che i pubblicisti avessero cominciato a metterne allo scoverto i vizii, questo sistema, sebbene singolarmente mitigato nell'applicazione sua, [1] ha tuttora seguaci in Alemagna. Si rinviene il bello ideale di questo sistema nel racconto che ci fa Dumont [2], di un incidente di cui egli fu testimonio alla corte del banco del re in Inghilterra.

Il celebre Wilkes, dopo essersi per qualche tempo sottratto alla sentenza che l'attendeva, venne improvvisa-

(*) L'articolo 292 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali racchiude lo stesso principio: esso è così concepito: « I « giudici risolveranno tutte le quistioni di « fatto secondo il loro criterio morale. » *Il Traduttore.*

(1) Esso è sostenuto oggi in materia criminale anzicchè nell'interesse dell'accusato il quale, secondo questo sistema, non potrebbe essere condannato nell' assenza di talune condizioni, e non in quello della accusa, alla quale è troppo duro ed iniquo di attribuire la vittoria della causa non per altra ragione che perchè concorrano taluue pruove.

(1) Nota sul libro primo, cap: 3, delle *pruove*, di Bentham.

Digitized by Google

mente a presentarsi per riceverla. La forma richiedev a, non già che egli fosse venuto da se medesimo, ma che fosse stato inviato dallo *sceriffo*; or, siccome questa forma mancava, l'imbarazzo della giustizia era veramente ridicolo. Finalmente uno dei giudici gli disse: «Signore, io, per quanto concerne me in particolare, capisco bene che voi siete lì, poichè voi lo dite, ed io lo vedo; ma non havvi esempio che la corte, in simile caso, abbia creduto dover fidarsi dei proprii occhi. Quindi essa non ha che dirvi.» Così praticata, la giurisprudenza diviene, secondo la scherzevole definizione di Bentham, l'arte d'ignorare metodicamente quello che si conosce da tutti.

Questo sistema eminentemente tecnico non ha potuto essere giammai messo in esercizio se non da giudici di professione. Noi quindi veggiamo che esso prende nascimento nel Basso-Impero, quando l'abolizione dell'antico *ordo judiciorum* attribuì al magistrato il potere giudiziario tutto intero. È noto che a quell' epoca le stesse quistioni di dritto erano risolute in un modo prestabilito, cioè per l'autorità di taluni giureconsulti (1). Lo sviluppo delle pruove legali nell' Europa moderna coincide anche coi progressi dell' istituzione dei tribunali permanenti. È forse a credersi che debbasi considerare questo sistema come essenziale alla magistratura, e riservare ai giurì la facoltà di decidersi secondo un intimo convincimento, svincolato da qualunque regola preconcepita?

Siffatta opinione sostenuta da taluni teorici ci sembra smentita dall'esperienza (*). Forse in Roma i magistrati non pronunziavano essi medesimi *extra ordinem*, senza essere legati sino al Basso-Impero da altre regole all'infuori di quelle della ragione? Forse i nostri tribunali, sia in materia civile, sia in materia correzionale o di polizia, non istatuiscono tutto giorno sopra quistioni di fatto con altrettanto buon senso quanto potrebbero averne i giurati? Quello che è vero, si è che la pruova legale ripugna essenzialmete al giurì: quindi la decadenza di questa pruova in Germania segue un andamento parallelo a quello dei progressi della procedura per mezzo dei giurati.

97. Ma se la ragione non permette di adottare come regola generale il sistema delle pruove puramente legali, non potrebbesi sventuratamente in uno stato di civilizzazione inoltrato prendere sempre per tipo la procedura domestica. È necesario sottoporre a talune forme la pruova dei fatti più rilevanti. Così noi abbiamo tuttora un certo numero di pruove legali, di cui l'utilità non è affatto impugnata, per esempio, gli atti autentici (1). Noi, di accordo coi pub-

(1) L'uso tedesco della *trasmessione degli atti* alle facoltà di dritto per la soluzione delle difficoltà giuridiche, ed ai collegi medici per quella delle quistioni scientifiche si lega allo stesso ordine d'idee.

(*) La più bella pruova in sostegno dell'opinione abbracciata dall'autore ci viene apprestata dall'articolo 292 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali. Il buon senso non è retaggio esclusivo del giurì; quindi la nostra legge (*loc. cit.*) proclama il principio del libero convincimento sanzionando che: «i giudici risolveranno tutte le quistioni di fatto secondo il loro criterio morale. — *Il Traduttore.*

(1) Secondo i traduttori italiani del *trattato delle pruove*, la fede degli atti autentici non ha nulla di comune col sistema delle pruove legali; essa si lega alla forza esecutiva dell'atto, rendendo il notaro un giudizio *de re praesenti*, come il giudice profferisce una sentenza *de re praeterita*. Ma, come vedremo in prosieguo (395), la forza esecutiva e l'autenticità sono due cose essenzialmente distinte; così, gli atti dello stato civile sono autentici, sebbene non sia-

Digitized by Google

blicisti inglesi, chiameremo le pruove di questa specie, *pruove precostituite*, cioè, preparate in certo modo anticipatamente per la sicurezza delle parti, le quali abbiano bisogno di conservare le traccie di una data convenzione o di un dato fatto.

Ammettere queste pruove, non importa ammettere in tutta la sua estenzione l'antico sistema delle pruove legali, il quale consisteva nel fissare una specie di tariffa delle testimonianze prodotte in giudizio, tariffa che riduceva il giudice a funzioni puramente passive, privandolo dell'interessante facoltà di calcolare il valore morale. Nel solo caso in cui gli atti han dovuto essere redatti precedentemente, con talune forme, il giudice è vincolato ad una specie di pruove, *ad unam probationis speciem alligatur*, secondo l'espressione energica di Adriano. Negli altri casi gli si concede un potere discrezionale; il cammino della pruova non è più artificiale, ma conforme alla natura delle cose, salve talune restrizioni, vestigi dell'antico sistema che noi avremo occasione di confutare.

Noi chiuderemo la materia concernente la pruova naturale e la pruova legale con una osservazione; ed è che la seconda si applica meglio alle convenzioni per le quali le parti possono prendere le loro precauzioni, mentre debbesi generalmente, sotto pena d'arbitrario, seguire la via più semplice, quando trattasi di un fatto che non poteva essere preveduto, principalmente di un fatto illecito. Questo spiega la ragione per la quale la procedura, sotto il punto di vista che ci occupa, è meno tecnica, meno imbarazzata di forme nel criminale che nel civile.

98. La distinzione fondamentale da noi or' ora stabilita, servirà di base alla divisione che adotteremo in questa categoria. Noi tratteremo, in un primo libro, delle pruove nella loro forma la più semplice (1), e nel secondo, delle pruove precostituite.

no per nulla esecutivi. La spiegazione proposta è dunque più ingegnosa che solida.

(1) Noi non adoperemo l'espressione di *pruove naturali*, la quale *sarebbe esagerata nella nostra legislazione*, in cui le pruove che non sono precostituite, sono anch'esse sovente circondate da molte forme, per esempio per quanto concerne la somministrazione della pruova testimoniale.

Digitized by Google

LIBRO PRIMO

PRUOVE

NELLA LORO FORMA PIU' SEMPLICE,

GENERALMENTE ORALI.

99. Che cosa debbesi praticare, quando voglionsi dal proprio simile ottenere rischiaramenti sul passato? S'interrogano. Questa è la maniera più semplice di riportarsi alla testimonianza dell'uomo. Tuttavolta non debbesi considerare la risposta di viva voce ad un interrogatorio come essenziale in ogni testimonianza che non sia precostituita, cioè anticipatamente preparata con talune forme. Noi vedremo che, anche in mancanza di qualunque risposta, la maniera con cui le parti si comportano, talvolta ancora il loro silenzio, possono condurre alla scoverta della verità. Solamente, la pruova inartificiale è abitualmente orale, come noi vedremo, e la pruova precostituita è generalmente letterale o per iscritto.

100. La dichiarazione dell'uomo sopra fatti passati può essere l'opera di terzi disinteressati: essa allora costituisce la pruova testimoniale propriamente detta; — del convenuto: ed allora è il caso della confessione, alla quale legasi il giuramento decisorio; — finalmente dello stesso attore, quando gli vien deferito il giuramento suppletorio o quando lo si ammette ad affermare nel proprio interesse.

Se ci attenessimo solamente alla forza probante di queste varie testimonianze, noi dovremmo cominciare dalla confessione, la quale opera sulla mente del giudice con efficacia maggiore di tutte le altre. È necessario però stabilire i principii sull'ammissione della pruova testimoniale; principii fondamentali nel nostro diritto, e che signoreggiano tutta la materia. Quest'ordine offre per altro il vantaggio di avvicinare tutto quello che è relativo al giuramento.

PRIMO MODO DI PRUOVA ORALE

DICHIARAZIONE DI TERZI

PRUOVA TESTIMONIALE.

101. Questo genere di pruova tanto importante, di cui imprendiamo la disamina, ha questa singolarità nel nostro dritto (seguito, del resto, su questo punto in molti paesi dell'Europa moderna), che sinanco l'ammessibilità di esso solleva sin dal principio una quistione preliminare, estremamente grave. Le restrizioni arrecate dalla nostra legislazione alla li-

Digitized by Google

bertà della pruova testimoniale sono riferibili, come agevolmente rileveremo, alla natura dei fatti, e non alla natura della giurisdizione che deve conoscere del litigio. Esse sono quindi identiche nel criminale e nel civile; di conseguenza noi non avremo a stabilire alcuna distinzione ben marcata tra le due giurisdizioni relativamente all'ammessibilità nel merito della pruova testimoniale. Noi non marcheremo alcuna differenza fondamentale tra il civile ed il criminale, se non quando perverremo alla seconda parte dei nostri sviluppi, alla somministrazione di questa pruova, a quello che nella procedura vien chiamato *esame dei testimonii*.

PRIMA SEZIONE

AMMESSIBILITA' DELLA PRUOVA TESTIMONIALE.

102. L'articolo fondamentale della materia, l'articolo 1341-1295, del codice civile, contiene due disposizioni, che non debbono andar confuse: prescrive l'una che debba stendersi atto innanzi notajo o con privata scrittura di *qualunque cosa* (1) che ecceda il valore di 150 franchi [*]; l'altra, che non sia ammessa veruna pruova testimoniale nè contro, nè oltre il contenuto negli atti. Si vede bene, che l'una di queste regole tende ad escludere *a priori* la pruova testimoniale in taluni casi, quand'anche essa fosse l'unico espediente della parte che l'invoca; mentre l'altra si limita a respingerla *a posteriori*, quando siasi steso un atto in proposito.

Noi parleremo dapprima della regola che preferisce gli atti ai testimonii, perciocchè essa è quella che meno si allontana dal dritto comune e dà nascimento a minori difficoltà di quella che respinge di primo lancio le testimonianze.

PRIMA REGOLA

Esclusione della pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto negli atti.

103. È senza dubio agevol cosa riconoscere l'utilità delle pruove precostituite, e principalmente degli atti scritti (*instrumenta*); però debbesi confessare che una gran parte di questa utilità deriva dalla proprietà che hanno questi tali atti di fare ordinariamente sparire qualunque arbitrio, qualunque equivoco, dando una espressione stabile, determinata al pensiero delle parti, che spesse volte riesce difficile di concepire in appresso. Nell'antica Roma, quando le scritture erano più in uso, giungevasi ad un simile risultamento adoperando le forme solenni della stipulazione.—Il rigore stesso della formula, male a proposito censurata da talune menti superficiali, tendeva a precisare ben chiaramente le intenzioni dei contraenti, e ad impedire che le rimembranze dei testimonii si disperdessero (1).

Sebbene il divieto pronunciato dalla legge di provare con testimonii tale o tal' altra convenzione, tale o tal' altro fatto, possa a taluno sembrare duro; pure quando sopra un dato fatto siasi redatto uno scritto,

(1) Espressione inesatta; sulla quale ritorneremo.

(*) L'articolo 1295 delle nostre leggi civili fa cominciare il divieto della pruova testimonlale dopo 50 ducati.

(1) L'uso de' patti aggiunti (*pacta adjecta*) che potevano modificare la stipulazione, è probabilmente una derogazione posteriore, motivata sull'equità, al principio che non attribuiva forza se non ai patti consagrati dal dritto civile.

Digitized by Google

sembra utile non meno che ragionevole di non andar cercando altrove il racconto di quanto è avvenuto. E di vero, anche a voler supporre che le trattative che precedettero o accompagnarono la redazione, siano fedelmente riferite dai testimonii, come confondere senza arbitrio siffatte trattative colla redazione? Non è egli eminentemente probabile che abbiansi voluto escludere, o che per lo meno non siasi fatto conto di queste modificazioni della convenzione, pel solo fatto di non essersi le medesime riprodotte nell'atto? Nel sanzionare questa regola la legge non si allontana dalla volontà delle parti; essa non fa che interpretarla rettamente. Per siffatta ragione noi avremo occasione di scorgere che questa idea è molto più antica e più generalmente ammessa di quella che tende ad escludere *a priori* la pruova testimoniale in taluni casi.

104. Sebbene i Romani non tenessero la pruova scritta in tanta importanza, quanta essa ne ha presso di noi, e non respingessero quasi mai la pruova testimoniale, purtuttavia noi leggiamo nelle sentenze di Paolo [1] questo testo, che non porta alcuna traccia d'interpolazione: « Testes, quum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt. » Paolo stabilisce in questo punto una distinzione importante, applicabile anche oggi: se trattasi d'impugnare la sincerità dello scritto, d'indagarne l'origine, può ricorrersi alla pruova testimoniale; se però, senza impugnare la sincerità dello scritto, vuolsi sostenere che le convenzioni sono state diverse da quelle trascritte nel suo contenuto, la pruova testimoniale sull'assunto non è ammessibile.

L'autorità di questo testo, come espressione di una dottrina in vigore sin dall'epoca dei giureconsulti classici, sarebbe invincibile, se essa poggiasse realmente sopra una costituzione di Caracalla, come opina Cujacio, il quale attribuisce a questo principe la legge I, *de testibus*, nel Codice di Giustiniano: « Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur. » Sventuratamente questa costituzione, restituita da Cujacio secondo le Basiliche, potrebbe benissimo essere di qualche imperatore più recente.

Opponsi ordinariamente a questo testo ed a quello di Paolo la costituzione di Costantino che forma la legge 15, *de fide instrumentorum*, nello stesso Codice: « In exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. » Ma quest' ultima disposizione non ha nulla di ben preciso. Può darsi che essa abbia solamente voluto indicare l'ammessibilità dei due generi di pruova isolatamente presi, senza supporne il conflitto, e conseguentemente senza pronunziarsi sulla superiorità relativa degli scritti e dei testimonii.

Checchè ne sia, anche ammettendo un' alterazione poco probabile del testo di Paolo, e, ciò che può meglio sostenersi, dando alla legge I, del codice, *de testibus*, una data più recente di quella attribuitale da Cujacio; resterebbe sempre certo che al più tardi nel sesto secolo, quando si pubblicarono le raccolte in cui si rinvengono questi testi, in Oriente ed in Occidente(2), ammettevasi che la pruova scritta non può essere combattuta dalla pruova testimoniale.

(1) Libro V, titolo XV, § 1.
(2) È noto che le sentenze di Paolo avevano in Occidente conservato la forza di legge.

Digitized by Google

Egli è vero che Giustiniano (1) opinò dovere emettere una costituzione speciale per impedire d'impugnare, allegando un *alibi*, l'atto che attestava la presenza delle parti in una stipulazione, a meno che l'*alibi* non fosse stato chiaramente provato dall'atto, o da testimonii irreprensibili. Ma qui non trattasi di supplire alle enunciazioni dell'atto per mezzo di pruove raccolte fuori dello scritto; trattasi di una specie d'iscrizione in falso, che mette in dubio la sincerità stessa dell'atto.

Riportandoci alla distinzione di Paolo « quum de fide tabularum « nihil dicitur, » scorgeremo che in questa decisione di Giustiniano non havvi cosa che avversi al principio da noi stabilito. Dobbiamo poi attenerci ancora meno, come ha fatto Toullier [2], alla novella 73, capit. 3, la quale stabilisce la superiorità della pruova testimoniale quando trattasi unicamente di valutare la sincerità di uno scritto: verificazione per la quale, a dir vero, le testimonianze dirette valgono evidentemente più della comparazione delle scritture. Si è soventi volte fatta la medesima osservazione presso di noi, e nondimeno noi siamo ben fermi nel non ammettere la pruova testimoniale contro il contenuto negli atti; ma questo avviene perchè si suppone che la sincerità di tali atti non sia essa medesima messa in questione.

Nel medio evo, allorquando l'arte di scrivere non era da altri conosciuta che da un certo numero di chierici, la massima, *i testimonii vincono le scritture*, non fu giammai ammessa. « Quant aucuns s'est obli- « giés par lettres, scriveva Beaumanoir (3) nel decimoterzo secolo, si « cil qui s'obliga, nie l'obligation, il « ne li convient prover, fors par lettres.» Questa dottrina non prevalse nella pratica del secolo decimoquinto, come ci vien riferito da Bouteillier nella sua *Somma rurale*, titolo 106: « Se « avviene che in giudizio una parte « voglia giovarsi di pruova letterale, « e l'altra parte voglia poggiarsi sopra nude testimonianze, sappiate « che la viva voce supera la forza « della scrittura, quando i testimonii sono opposti alla scrittura. » Ma egli soggiunge che in materia di rendite annuali (il che in quei tempi conprendeva le rendite più importanti), « le scritture meritano maggior fede della viva voce dei testimonii, a meno che le dette lettere « non siano querelate di falsità. »

Vedesi bene che la facoltà d'impugnare la pruova scritta per mezzo della pruova orale non era ammessa, anche nel nostro più antico dritto, nè in tutte le epoche, nè in ogni materia. Nel 1566 essa fu soppressa diffinitivamente in Francia coll'ordinanza di Moulins, di cui l'*ordinanza* del 1667 (titolo 20, *articolo* 2) e l'articolo 1341-1295 del codice civile non hanno fatto altro che riprodurre la determinazione. Nè sembra che siansi in proposito elevati positivi reclami alla pubblicazione dell'ordinanza. La giurisprudenza dei parlamenti si conformò costantemente a siffatta regola. Quindi si è sempre ritenuto che una parte non può essere ammessa a far sentire i testimonii che hanno assistito all'atto, o i notai che l'hanno ricevuto, per ispiegare quello che formò il soggetto della convenzione all'epoca della sua redazione [4].

(1) V. leg. 14, cod. *de contr. stipul.*, § 12, Inst., *de inut. stipul.*
(2) *Della pruova testimoniale*, § 3.
(3) Capit. XXIX, § 3.
(4) Vedi Pothier, *Trattato delle Obbligazioni*, num. 797.

Digitized by Google

105. Il principio che le *scritture vincono i testimonii* è oggi quasi generalmente ammesso in Europa; esso lo è del pari in quei paesi che non estendono l'esclusione della pruova testimoniale tanto quanto la legge francese. Così, il codice austriaco (articoli 885–887), che permette in generale di provare tanto per testimonii che per iscritto, aggiunge nondimeno che, se havvi contratto scritto, le disposizioni orali sono senza effetto. In Inghilterra, ove noi vedremo che le restrizioni alla pruova testimoniale sono meno estese che presso di noi, si dichiara nondimeno che la pruova orale non è ammessibile, anche nelle corti di equità, per annullare o per modificare il contenuto di un atto. « Parol evidence, » dice Blaxand, autore che si è applicato a comparare le leggi inglesi alle nostre, « is not admissible « at law or in equity, to disannul « or substantially vary a written a« greement (1). » Parimenti il codice del cantone di Berna [articoli 686, 687, 691] dopo avere stabilito che la scrittura non sarà richiesta se non in taluni casi determinati, prescrive nondimeno che non si possano allegare contro un contratto scritto le convenzioni fatte prima della redazione di questo contratto o contemporaneamente (*).

106. Questo principio, che non possono sentirsi testimonii contro ed oltre il contenuto negli atti, dev'essere sanamente interpretato. Esso non debbe intendersi nel senso che la pruova testimoniale non possa essere invocata giammai per combattere le dichiarazioni registrate in una scrittura. In questa proibizione trattasi unicamente del caso in cui i contraenti volessero fare rivivere semplici trattative, onde modificare la convenzione risultante dallo scritto che è l'opera loro. Poco importa in tal caso che trattisi di una convenzione modificativa fattasi posteriormente, poichè non può per mezzo di testimonii provarsi ciò che si allegasse essere stato detto *avanti*, *contemporaneamente o posteriormente agli atti*. Era d'uopo rediggersi un novello atto, come l'ha ottimamente deciso la corte di cassazione, a 10 maggio 1842.

Ma quando, o i terzi, in tutti i casi, o i contraenti medesimi chieggono d'essere ammessi a provare che la redazione è l'effetto della violenza e del dolo, debbesi lasciar loro tutta la latitudine per combattere tutte le enunciazioni lontane dalla verità che possono contenersi nell'atto medesimo [art. 1353–1307]. Dumoulin ammetteva ciò pel domino, quando trattavasi di frode ai suoi dritti. « Do« minus admissibilis est ad proban« dum contra actum ab utraque par« te approbatum [2], » e lo stesso dritto compete incontrastabilmente oggi all'amministrazione del registro, per lo meno quando trattasi di un dritto di mutazione, perciocchè pei dritti dell'atto debbesi stare esclusivamente al contenuto dello scritto, poichè il dritto cade sull'atto e non

(*) Il nostro codice, nell'articolo 1295, *Leggi Civili*, ha per intero adottato il sistema del codice di Francia. Il codice sardo ammette lo stesso principio nell'articolo 1454. Il codice per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla, sebbene nell'articolo 2297 ammetta in generale la pruova testimoniale, tranne taluni casi speciali in cui richiede la pruova per iscritto, purnondimeno nell'articolo 2298 ammette anch'esso il principio proclamato dal codice francese.—*Il Traduttore.*

(1) *Codex rerum anglicarum, or a Digest of the principles of English law*. Londra, 1839, lib. 3, tit. 4, sez. 2.

(2) Vedi anche Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, num. 801.

Digitized by Google

sulla convenzione [1]. Questo debbesi tuttavia decidere oggi, come lo si decideva altra volta, in tutti i casi in cui i terzi impugnano l'atto come contenente una simulazione o una menzogna in loro pregiudizio [2]. Ma, oltre il caso di violenza o di dolo, le parti possono impugnare per causa di simulazione un atto da loro volontariamente sottoscritto? Importa forse questo contravvenire al principio che vieta provare contro ed oltre il contenuto negli atti?

Quando è certo che le parti non hanno agito seriamente, è ripugnante l'ammettere che la finzione debba vincerla sulla verità. Può mai considerarsi una convenzione simulata come legalmente formata [codice civile articolo 1134-1088], e di conseguenza obbligatoria? Tale erasi la teorica dei giureconsulti romani, i quali non facevano alcuna distinzione tra le parti contraenti ed i terzi: « Acta simulata, dice Diocleziano (3), veritatis substantiam « mutare non possunt. » Pothier, per l'opposto[4], sta fermo nell'idea che, quando non vi è stato nè dolo nè violenza, le parti potevano procacciarsi per mezzo delle contro-scritture una pruova per iscritto, e che di conseguenza esse non possono ritornare sull'atto da loro sottoscritto.

La giurisprudenza non è stabilita su questa quistione, nel caso di semplice simulazione, cioè quando, per esempio, vuolsi provare essersi fatto in nome di Pietro un atto che riguardava Paolo, in seguito di convenzioni particolari, senza allegarsi alcuna frode alla legge. Possiamo tuttavia renderci sino ad un certo punto ragione della diversità delle decisioni per la diversità dei casi, perciocchè, da un lato, i fatti di simulazione articolati non sono sempre verosimili, ed i tribunali, dall'altro, hanno un potere discrezionale relativamente all'ammessione della pruova testimoniale, quand'anche essa non sia riprovata dal legislatore.

Finalmente, quando si allega essersi fatta frode alla legge, sebbene non siavi stata frode di sorta contro le persone, la giurisprudenza autorizza le parti a provare la simulazione con ogni mezzo possibile. Questo è stato deciso dalla corte di cassazione, sezione riunite, con un arresto del 7 maggio 1836, nell'ipotesi di un biglietto che aveva per causa apparente un prestito, e per causa vera una penale per matrimonio ritrattato. Sarebbe stato veramente ridicolo nella specie pretendere che la falsità della causa fosse stata dimostrata da una contro-scrittura; interpretare in tal guisa l'articolo 1341-1295, sarebbe autorizzare tutte le frodi alla legge, rendendo la pruova impossibile. Altronde l'articolo 1353-1307 che autorizza, come vedremo, la pruova testimoniale in caso di frode, non fa distinzione tra la frode contro i particolari e quella contro la legge.

107. Non debbesi nemmeno dare al divieto di provare *contro il contenuto negli atti* una estensione esagerata. Questo divieto si riferisce alle modificazioni che una parte potrebbe pretendere essere state fatte verbalmente ad una convenzione, sia nel momento della redazione dell'atto, sia posteriormente (rigetto, 10 maggio 1842). Ma non sarebbe contro

(1) Vedi Rigaud, *Trattato dei dritti di registro*, num. 135 e seg.

(2) Così deciso, principalmente dalla corte di cassazione, a 18 febbrajo 1829 e 5 gennajo 1831.

(3) Leg. 3, *cod. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.*

(4) *Obbligazioni*, num. 800 e 801.

Digitized by Google

il contenuto nell'atto la pruova testimoniale che tendesse a completare delle enunciazioni ambigue od insufficienti, a determinare, per mò d'esempio, che una tenuta di che si è fatta menzione in un titolo comprenda tale o tal'altra terra (cassazione, 23 gennajo 1837), o a dimostrare che una domanda sia stata intimata ovvero che un contratto di matrimonio sia stato stipolato ad una data ora, quando l'ora non sia stata designata dall'uffiziale redattore [rigetto del 15 luglio 1818 e 18 agosto 1840] [*].

Ben a ragione adunque Danty [1] ammette che possa provarsi per mezzo di testimoni che una compravendita sia stata conchiusa sotto una data forma, quando la scrittura che l'attesta non ne indica il luogo. I dubii di Pothier [2] sull'esattezza di questa decisione sono sforniti di ragionevolezza: non è questa una pruova contro il contenuto negli atti: altra cosa si è l'estensione, altra l'interpretazione di quello che tra le parti stesse è avvenuto.

108. Un errore più grave, il quale era peraltro prevalso nella giurisprudenza dello scorso secolo [3], consisteva nel non ammettere la pruova testimoniale per dimostrare la liberazione di un debito, il quale, in fatto, era stato costituito con iscrittura, quand'anche questa redazione per iscritto non fosse stata richiesta. E di vero, non si potrebbe, senza cadere in una vera confusione d'idee, ravvisare una pruova contro l'atto nell'allegazione di un fatto posteriore, tendente a liberare il debitore dall'obbligazione di cui quest'atto avea provato la nascita. Negasi forse il viaggio di una nave, quando si assume che essa è arrivata nel porto di disarmo? Pothier [4] ha condannato questo grave errore della pratica del suo tempo [5], errore di cui la giurisprudenza del

(*) La enunciativa di qualità scritta nei contratti non impedisce un attacco sulla incapacità, e non esclude che per via di pruove testimoniali si faccia vero che la qualità fu male enunciata: così, per esempio, se in un atto una donna abbia assunto la qualità di pubblica mercantessa, la pruova della inesistenza di tal qualità può farsi per mezzo di testimonii, senza che possa dirsi che con ciò si va contro l'atto.

Corte suprema di giustizia di Napoli, arresto degli 11 luglio 1843, nella causa Palmeri, Noja e Cava. Vedi Vaselli, *Manuale pel giureconsulto*, vol. 9, pag. 363.

Non si fa una pruova contro il contenuto nell'atto quando vuolsi indagare se la data di un testamento olografo che segni un'epoca anteriore all'ultima malattia, corrisponda o pur no all'epoca effettiva della formazione del testamento, e quindi la pruova testimoniale è ammessibile.

Gran corte civile di Napoli, prima camera, decisione del 23 agosto 1830, nella causa Angelis, Di Majo e consorti. Vedi Agresti, v. 6, pag. 76.

Parimenti si è ritenuto non essere contro l'atto la pruova testimoniale tendente a dimostrare che una spesa convenuta di farsi per rate da due pariscenti l'abbia fatto un solo.

Gran corte civile di Napoli, prima camera, decisione del 5 giugno 1835. Vedi Agresti, vol. 7, pag. 192.

Finalmente non si va contro l'atto quando vuolsi provare con testimonii la minore età di una persona intervenuta da testimonio in un testamento mistico.

Gran corte civile di Palermo, decisione dei 27 aprile 1831, nella causa Paschetti e Morillo. V. la raccolta di decisioni del 1839, vol. 1, pag. 378.—*Il Traduttore.*

(1) Addiz. sul capitolo IX di Boiceau, num. 9.

(2) *Trattato delle obbligazioni* num. 299.

(3) Vedi Merlin, *Repert.* v. *Pruova*, sez. 2, § 3, art. 1, num. 20.

(4) *Trattato delle obbligazioni*, num. 299.

(5) Pothier non parla che del pagamento; ma è fuor di dubio che la medesima decisione debbe applicarsi a qualunque altro modo di estinzione delle obbligazioni.

Digitized by Google

secolo precedente aveva saputo preservarsi [1], e che secondo tutte le apparenze di probabilità non si riprodurrà più sotto l'impero del codice [*].

109. Una quistione della più alta importanza si è quella di sapere se il divieto di provare contro ed oltre il contenuto negli atti sia applicabile in materia di commercio.

In favore dell'affermativa si può sostenere che è interessante, principalmente in materia commerciale, evitare l'equivoco e l'arbitrario. Qual cosa di maggior pericolo, si dice, che quella di fare rivivere delle semplici trattative le quali forse non avevano alcun carattere serio, per rinvenire in esse il germe di una obbligazione? Ove il credito è in azione, potrebbe riuscire fatale attribuire agl' impegni di una parte una estensione che essa non poteva prevedere. Finalmente, riandando l'istoria dell'articolo 109-108 del codice di commercio, si fa osservare che il testo primitivo di quest'articolo non ammetteva la pruova testimoniale se non *quando eravi un principio pi pruova per iscritto;* e che i reclami delle corti e dei tribunali di commercio, in occasione della proposta innovazione, cadevano unicamente sull'impossibilità di redigere una scrittura, in materia di commercio, in una moltitudine di circostanze, e non mai sull'ammessibilità della pruova testimoniale, quando erasi di fatto redatta una scrittura. In tal guisa interpretata, la redazione diffinitiva dell' articolo 109-108, enumerando tra' modi di pruova quella testimoniale, nei casi in cui il tribunale crederà doverla ammettere, autorizzerebbe la giurisdizione consolare ad ammettere, secondo le circostanze, i testimonii onde conoscersi la ragione per la quale non siasi redatta una scrittura, ma non mai quando una scrittura siasi effettivamente redatta.

Questa opinione, adottata da varie decisioni di corti di appello, e che il desiderio di evitare litigi ci aveva da principio indotto ad ammettere, ci sembra, dietro mature riflessioni, incompatibile, sia col testo della legge, sia coi precedenti che possono contribuire a spiegarlo.

L'articolo 1341-1295 del codice civile, dopo avere stabilito i due principii che escludono la pruova testimoniale, l'uno al di sopra di cento cinquanta franchi, l'altro contro ed oltre il contenuto negli atti, aggiunge: « Il tutto senza pregiudizio di « quanto è prescritto nelle leggi re« lative al commercio; » e questa redazione è conforme a quella dell'ordinanza del 1667. Or, l'articolo corrispondente dell'ordinanza [titolo 20, articolo 2) aveva precisamente per iscopo di confermare l' uso preesistente, secondo il quale i giudici consoli, giusta le loro proprie dichiarazioni, « non erano punto astretti nelle loro sentenze dall' ordinanza di Moulins (2). » In conseguenza di ciò due arresti del parlamento di Parigi, l'uno del 22 luglio 1613, l'altro del 22 luglio 1689, ammisero, nelle giurisdizioni consolari, la pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto degli atti.

(1) Vedi Merlins *loco citato.*

(*) In opposizione al principio cennato dall' autore la gran corte civile di Napoli prima camera a 30 settembre 1833 decise che non possa per mezzo di testimonii provarsi che siasi accordata una dilazione per un debito infra 50 ducati posteriormente al titolo di credito. V. Agresti v.5, pag. 399. —*Il Traduttore.*

(2) Processo verbale dell'ordinanza del 1667 *loco citato.*

Digitized by Google

« Si è preferito, dice Merlin [1], il pericolo di talune frodi particolari a quello di porre inciampi alle negoziazioni, e d'ingannare la buona fede richiedendo eccessive formalità. È noto che soventi volte i negozianti danno delle quietanze portanti ricezione di somme, senz'altra sicurtà che quella delle parole o degli ordini, e che questo modo di negoziare è l'anima del commercio di tutte le nazioni. Era quindi indispensabile ammettere la pruova che il denaro enunciato nei libri non era stato erogato, o che le mercanzie non erano state consegnate, sebbene pagate. » In questo senso è concepito l'articolo 1935 del codice olandese, il quale ha vigore presso uno di quei popoli moderni nel seno dei quali le relazioni commerciali hanno attinto il più grande sviluppo.

A fronte delle cose premesse riesce difficile non prendere nel suo significato letterale l'ultima disposizione dell'articolo 109-108 del codice di commercio: « Nel caso in cui il tribunale crederà di doverla ammettere. » Poco importa che, per respingere l'innovazione del progetto del codice, abbiasi principalmente avuto di mira l'inconveniente più marcato di esso, l'ipotesi in cui sia stato moralmente impossibile redigere una scrittura; il fatto si è che ogni innovazione venne respinta, ed i termini generali del codice di commercio riportano la quistione sul terreno in cui essa trovavasi nell'antica giurisprudenza. Allorquando i redattori di questo stesso codice vollero applicare i principii del dritto civile alle società commerciali, ebbero cura di dire espressamente (articolo 42-33: « che niuna pruova testimoniale può essere ammessa contro ed oltre il contenuto negli atti di società; » disposizione che sarebbe inutile se in materia di commercio il dritto comune fosse tale quale esso è nelle materie civili.

Questa è finalmente la tendenza della giurisprudenza della corte suprema, sebbene essa, bisogna confessarlo, non abbia avuto sino al giorno d'oggi occassione di statuire sopra casi in cui la quistione siasi presentata in un modo ben marcato. In fatti, nella specie dall'arresto delli 11 giugno 1835, eravi un principio di pruova per iscritto, e di conseguenza la pruova testimoniale sarebbe stata ammessibile anche nel civile; in un'altra specie decisa li 10 giugno 1835, trattavasi di provare che talune tratte erano state consegnate a titolo di pegno e non a titolo di proprietà; ma è dubio, noi l'abbiamo veduto (num. 170), che l'articolo 1341-1295 possa applicarsi in caso di simulazione; finalmente un arresto del 6 aprile 1841 statuì sull'ipotesi di una quietanza duplicata; or, anche dopo la diffinitiva liquidazione di un conto, può procedersi ad un novello esame in caso di duplicazione di partite (codice di procedura civile, articolo, 541-624). Queste osservazioni non hanno per iscopo di elevare dubii sopra una soluzione alla quale noi aderiamo completamente, si bene di mostrare che non debbonsi confondere le difficoltà sollevate dall'articolo 1341-1295, anche in materia civile, colla quistione affatto speciale dell'applicazione di questo arlicolo alle cause di commercio.

110. In materia criminale, l'applicazione del principio che non si può provare contro ed oltre il contenuto negli atti, non è stato giammai messo in controversia. Se trattasi, per esempio, di un deposito attestato dalla ricognizione del depo-

(1) *Quistioni di dritto*, v. *Dernier ressort*, § 18, num. 1.

Digitized by Google

sitario, è chiaro che non potrebbesi fuori di questa ricognizione rintracciare la pruova delle obbligazioni che gli si rimprovera non avere rispettato. Nell'accettare siffatta ricognizione, il deponente non ha egli in certo modo determinato la misura dell'obbligo contratto in faccia a lui? Che vale che egli prenda in prosiegue la via criminale, per ottenere riparazione della inesecuzione di siffatto impegno?

Debbesi però tenere per fermo che la regola dell'articolo 1341-1295 non si applica se non agli scritti che sono l'opera delle parti, e non è punto riferibile agli atti che emanano da uffiziali pubblici, principalmente ai processi verbali attestanti l'infrazione alla legge penale, processi verbali contro i quali la pruova è ammessa con maggiore o minore latitudine, come avremo occasione di vedere quando tratteremo di proposito la materia.

SECONDA REGOLA

Esclusione totale della pruova testimoniale in talune materie.

111. Non debbesi proclamare per principio, come si è irragionevolmente fatto soventi volte, che la pruova testimoniale sia dalla legge respinta in materia civile. Egli è vero che l'articolo 1341-1295 prescrive che debba stendersi scrittura per *qualunque cosa* eccedente il valore di cento cinquanta franchi; ma siffatte espressioni, delle quali noi spiegheremo bentosto l'origine, non possono intendersi e non si sono giammai intese nella pratica, che pei casi nei quali può esservi luogo alla redazione di un atto, cioè alle convenzioni nel significato più esteso della parola. *Tutte le cose delle quali i nostri sudditi vorranno contrattare o disporre*, diceva con maggiore esattezza l'articolo 19 dell'editto del 1611 degli arciduchi di Fiandra. Si è per questo che noi veggiamo la legge riportarsi all'epoca stessa della convenzione, per notificare ai contraenti la sua volontà: *dovrà estendersi atto*. Quando trattasi di un fatto che non costituisca una convenzione, le parti, di cui esso non è l'opera comune, non poterono essere obbligate a stabilirne la pruova in una determinata foggia: la pruova testimoniale è quindi ammessibile.

Il più sovente, in materia civile, trattasi di convenzione; nel criminale, all'incontro trattasi di fatti che non sono per nulla convenzionali. Da ciò l'opinione volgare, opinione che, come vedremo, ha sinanco lasciato talune traccie nelle nostre leggi, e secondo la quale questa pruova, ordinariamente inammessibile nel civile, sarebbe sempre ammessibile nel criminale. Ma siffatta opinione è inesatta sotto l'uno e l'altro rapporto, perciocchè le disposizioni della legge non hanno di mira il carattere della giurisdizione, si bene la natura dei fatti che si vogliono provare. Se un fatto illecito si lega ad una convenzione, se trattasi, per esempio, di una violazione di un deposito, la convenzione, di cui l'esistenza dev' essere preventivamente stabilita, non potrà giammai essere provata per mezzo di testimonii quando il valore sorpassa la somma dalla legge determinata, sia che la quistione si agiti innanzi un tribunale di polizia correzionale, sia innanzi un tribunale civile. Per l'opposto, quando la giurisdizione civile dovrà valutare un fatto non nascente da convenzione, per esempio, una difficoltà relativa al possesso, essa sarà perfettamente autorizzata ad ordinare la pruova testimoniale,

Digitized by Google

qualunque siasi l'importanza del litigio (1).

Ma indipendentemente dal principio restrittivo dell'articolo 1341-1295, applicabile alle convenzioni, vi sono dei casi nei quali il legislatore, senza esaminare se l'attore abbia potuto o pur no far provare i punti che egli ha oggi interesse a stabilire, respinge la pruova testimoniale, anche per fatti dell'ordine della natura. Questo avviene perchè il carattere di tali fatti si presta troppo alla frode, e perchè nel tempo stesso hanno un'alta importanza sociale. Io intendo parlare delle restrizioni che la pruova testimoniale soffre in materia di quistioni di stato.

Tali restrizioni hanno minore estensione di quelle dell'articolo 1341-1295, perciocchè esse non tendono punto a rigettare ogni sorta di pruova testimoniale, ma soltanto la pruova testimoniale di taluni elementi di decisione. Da un altro lato esse sono più imperiose nel senso che esse non ammettono l'espediente dell'interrogatorio e quello del giuramento; mentre in materia di convenzioni, per lo meno quando talune solennità non sono richieste, è proibita la sola pruova per mezzo di testimonii, restando ammessibili tutti gli altri modi d'informazione.

Esclusione generale della pruova testimoniale in materia di convenzioni; esclusione affatto speciale per quanto concerne le quistioni di stato; sono delle materie che importa molto distinguere, e che noi svilupperemo partitamente. Dopo questo, noi sporremo separatamente quello che concerne l'ammessibilità della pruova testimoniale nel criminale.

PRIMA DIVISIONE

Esclusione della pruova testimoniale in materia di convenzioni

112. L'ammessibilità indefinita della pruova testimoniale sembra essere stata in Roma senza alcuna eccezione, per lo meno quando non trattavasi che di determinare le convenzioni delle parti. È noto che i romani si affidavano alla memoria dell'uomo per provare, tanto gli atti solenni, come l'emancipazione, quanto ancora l'esistenza di un giudicato, il che formava l'oggetto dell'azione *judicati*, la quale sembra ben singolare nei nostri attuali costumi (2). Questa così ampia facoltà non fu modificata che in Costantinopoli, nel sesto secolo, e questa stessa modificazione non avea luogo che in un caso particolare. Nella legge 18, cod. *de testibus*, Giustiniano prescrive che, quando un debito è dimostrato per iscritto, la pruova del pagamento deve farsi per mezzo di scrittura o per lo meno per mezzo di cinque testimoni degni di fede [3].

Nulla havvi in questo che somigli al principio generale stabilito nelle sentenze di Paolo (4), e riprodotto nella legge I del codice *de te-*

(1) Sotto questo punto di vista la corte di Douai decise, a 6 aprile 1851, che una convenzione civile la quale non può essere provata se non per iscritto, non diviene suscettibile della pruova testimoniale pel solo motivo che il convenuto, per ragion della sua qualità, si trova sottoposto alla giurisdizione commerciale.

(2) Sorge dalle ricerche del signor conte Beugnot (vedi la prefazione del suo bel lavoro sopra gli *Olim*), che il primo esempio di redazione regolare delle sentenze si rinviene nel 1336, nella terra classica della giurisprudenza, in Normandia.

(3) Da ciò trasse origine l'errore, confutato da Pothier, che consisteva nel non ammettere giammai la pruova testimoniale per la liberazione di un credito costituito con iscrittura (num. 108).

(4) Libro V, titolo XV, § 4.

Digitized by Google

stibus, quando trattavasi della pruova testimoniale contraria ad una scrittura. Eppure i costumi in Roma erano tutt'altro che puri, principalmente sotto l'impero. I falsi testimonii non sono mancati giammai alle accuse politiche, ed è ben noto il detto sanguinoso di Tacito (1): *quibus deerat inimicus, per amicos oppressi.*

Ma il motivo della corruzione dei testimonii, sebbene il più apparente, non è il solo che abbia cagionato presso di noi la proibizione. Il timore della moltiplicità delle liti è stato pei nostri tribunali un motivo non meno possente. Or, questo timore non poteva avere la stessa influenza nell'impero romano, dove eranvi minori ricchezze di quelle che esistono oggi nel mondo civilizzato, e la popolazione era molto meno considerevole, ed in gran parte schiava. Inoltre, le forme precise della stipulazione, adoperate nelle occasioni più importanti, fissavano l'attenzione dei testimonii, e semplificavano l'opera loro. Per questa ragione noi veggiamo la pruova testimoniale radicata nelle abitudini nazionali, anche nel tempo di Giustiniano. Infatti, nella novella 74, capitolo VI, l'imperatore tentò, relativamente al matrimonio, l'introduzione di una scrittura, almeno per la maggior parte dei casi; ma poco tempo dopo, nella novella 117, capitolo IV, videsi costretto a limitare l'innovazione sua ai grandi personaggi dell'impero. La stessa legge 18, del codice *de testibus* non proscrisse la pruova testimoniale nel caso in essa contemplato; in essa si è solamente richiesto, in mancanza di pruova, un numero di deposizioni più considerevole.

Nel medio evo, se, come abbiamo veduto, non si è sempre ammessa la superiorità della pruova orale sulla pruova scritta, è per lo meno evidente che l'uso della scrittura non era tanto esteso da rendere inammessibile la pruova testimoniale delle convenzioni. Altronde l'utilità di una simile esclusione non facevasi peranco sentire, quando, per ragione dello stato meno progredito della civilizzazione, le liti erano meno frequenti, ed i costumi meno depravati [1]. Giungevasi sinanco a provare l'esistenza della consuetudine, cioè della legge del tempo, per mezzo di una pruova testimoniale *per turba*, cioè, per mezzo d'informazioni raccolte dalla bocca di un dato numero di persone, che si prendevano a caso, e s'interrogavano sopra quello che esse ritenevano essere in uso.

113. Se l'antica Roma aveva ammesso i principii più larghi in materia di testimonianza, l'Italia moderna diede, all'incontro, la prima nel XV secolo l'esempio di restrizioni alla libertà della pruova. Uno statuto di Bologna del 1553, approvato dal Papa Nicola V, proibì la pruova testimoniale dei pagamenti al di sopra di 50 lire, e dei contratti al di sopra di 100 lire. Parimenti gli statuti di Milano nel 1498 vietarono la pruova testimoniale in taluni casi.

In Francia, una riforma analoga ebbe luogo nel secolo XVI, all'epoca in cui la redazione per iscritto delle consuetudini fece cadere l'uso biasimevole delle pruove testimoniali per turba. La proposizione d'intro-

(1) Stor. lib. I, § 2.

(1) Io non intendo dire per certo che le classi superiori fossero state sempre esemplari; ma a quell'epoca la corruzione non era penetrata nella massa della popolazione, il che è sventuratamente avvenuto nei tempi moderni.

Digitized by Google

durre restrizioni simili a quelle stabilite pur allora in Italia venne dal mezzogiorno, da un Paese di dritto scritto. Il parlamento di Tolosa inviò deputati presso di Carlo IX agli stati di Moulins per ottenere la disposizione che forma l'articolo 54 dell'ordinanza del 1566, il quale prescrive che si stenda contratto per qualunque cosa eccedente il valore di 100 lire.

Il preambolo di questa ordinanza, detta di Moulins, quella stessa che vieta di provare contro ed oltre il contenuto negli atti, di altro non fa menzione, il che è molto notevole, se non del motivo della complicazione delle procedure. « Per ovviare dice « questo preambolo, alla moltiplicità « dei fatti che abbiamo veduto sino al « giorno d'oggi mettersi innanzi in « giudizio, soggetti alla pruova di « testimonii ed alla sospicione di « questi, donde derivano molti in« convenienti e complicazioni di li« ti. » Vedesi bene che, rimontando all'origine del divieto, non sembra che il legislatore siasi unicamente preoccupato, come molti suppongono, del pericolo della subornazione dei testimonii.—Nondimeno questo pericolo avea fatto breccia nei contemporanei, come ne fa fede quell' adagio consuetudinario citato da Loisel: « pazzo è chi si affida alla pruova testimoniale, poichè chi meglio informa, meglio pruova.

Quest' ordinanza, qualunque ne fosse stato il motivo principale, operò una vera rivoluzione nelle abitudini. Infatti Boiceau, commentatore contemporaneo, ci riferisce nell'incominciare l'esposizione della materia: « Quum primum nata et promulgata « fuit haec Caroli IX regia sanctio, « plerisque visa est et dura, et odiosa « et juri contraria. »

(1) Vedi il codice austriaco, articolo 883.

Questa disposizione era dura, perciocchè essa astringeva a scritture incommode, e spesso costose, le parti che per lo innanzi aveano potuto farne di meno; odiosa, perchè essa favoriva la mala fede non essendo da tutti ben conosciuta, nè entrata nei costumi; finalmente, contraria al dritto, cioè al dritto romano. Ma, mutate le circostanze, queste non erano ragioni per farla respingere presso i moderni, poichè alla fine era un paese di dritto scritto quello che l'avea reclamato. Per quanto concerne i primi due motivi, essi eran semplicemente transitorii. Quindi Boiceau soggiunge che, malgrado queste ragioni di dubio, l'ordinanza fu altamente approvata dalle menti più gravi, e principalmente dal parlamento di Parigi: « Nulla toto hoc « saeculo constitutio ac lex regia « sanctior ac probatior visa fuit am« plissimo nostro Galliae senatui. »

114. Prima di analizzare quest'articolo 54 e le leggi posteriori che ne hanno riprodotto la disposizione, gettiamo un colpo d'occhio sulle legislazioni straniere.

Sonovi alcuni paesi nei quali non si ammette alcuna restrizione, per esempio, in Austria, come abbiamo già fatto osservare [1]. Questa è la disposizione del dritto comune germanico. Sembra che lo stesso abbia luogo in Danimarca, in Isvezia ed in Norvegia. Non può mettersi in dubio che nei popoli tedeschi e scandinavi havvi maggiore semplicità che presso le nazioni più meridionali.

Altri paesi, come l'Inghilterra, esigono la scrittura solamente per taluni atti importanti, come sono, per esempio, le convenzioni relative ad immobili del valore per lo meno di dieci lire sterline. Questo forma l'oggetto di una disposizione compresa nel ventesimonono statuto di Carlo II, intitotato: *Atto per preve-*

Digitized by Google

nire le frodi e gli spergiuri. Finalmente, nella maggior parte dei codici moderni, principalmente nel codice prussiano [1] [titolo dei contratti, articolo 131], il sistema francese è stato ommesso. Talvolta però vi si è fatta modificazione, innalzando la cifra per la quale la pruova testimoniale può essere ricevuta. Così, il codice sardo [articolo 1454] stabilisce questa somma a trencento franchi, ed il codice del cantone di Vaud [articolo 995] l' eleva ad ottocento franchi [*]. Questa differenza di legislazioni è facile a comprendersi. La quistione dell'ammissibilità della pruova testimoniale è una di quelle quistioni di moralità e di disciplina nazionale, di cui la soluzione deve variare da popolo a popolo.

Veggiamo ora quale sia l' estenzione del principio stabilito dall' ordinanza di Moulins, tale quale esso è stato sviluppato dalla dottrina e dalla legislazione posteriore. Noi vedremo in prosieguo in quali casi facciasi eccezione a questo principio, ed in quali casi, per l'opposto, lo si estenda al di là dei limiti ordinarii.

§ I. *Applicazione di questa regola.*

115. Sebbene l'ordinanza del 1566 adoperasse l' espressione *qualunque cosa*, che trovasi riprodotta nell'articolo 1341-1295 del codice civile, purnodimeno gli scrittori contemporanei non l'intesero affatto nel senso che essa abbracciasse tutto, *omnes res nostras*, come dice Boiceau. Per l' opposto, fermandosi all' espressione pratica, *sarà steso contratto*, molto male a proposito adoperata dai redattori, essi interpretarono l'ordinanza nel senso che era solamente applicabile ai *contratti* [2].

(1) La Prussia si avvicina alle idee francesi più che qualunque altra nazione germanica.

(*) Il nostro codice, come notammo, ammette nell' articolo 1295 la pruova testimoniale per ogni sorta di convenzioni che non eccedono il valore di ducati cinquanta, equivalenti a 216 franchi circa. A questo principio non si ammettono che pochissime eccezioni, che avremo in appresso occasione di notare.

Il codice civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla, nell' articolo 2297 ammette senza restrizione di somma la pruova testimoniale per qualunque convenzione, tranne taluni casi nei quali la legge richiede espressamente la scrittura.

Il codice civile della Republica a Cantone del Ticino, negli articoli 540, 541, 542 e 543 stabilisce che i contratti possono farsi in voce o in iscritto, in giudizio o fuori di giudizio, con testimonii o senza. Questa diversità di forma, a riserva dei casi determinati dalla legge, non produce diversità di obbligazione. Non è valido il contratto verbale se si riferisce a beni stabili, nè si ammette la pruova di un contratto verbale di mobili dopo la morte di un contraente. Il contratto verbale di mobili del valore di franchi duecento o più si scioglie se entro un mese non è eseguito, o non consti da scritto.

Nelle Costituzioni del Ducato di Modena, titolo 21 del libro I, *delle pruove per testimonii*, art. 2, 3 e 4, prescrivesi che: « quando costerà del debito, ed obbliga« zione di un dato, o fatto per iscrittura « pubblica o privata, e che il debito, od « obbligazione sudetta oltrepasserà il va« lore di lire mille di Modena (franchi 400 « circa) non si dovrà ammettere la pruova « del pagamento per soli testimonii. Per « provare il debito o l'obbligazione di un « dato, o fatto, il di cui valore ecceda le « lire cinquecento di Modena (200 franchi « circa), a riserva delle obbligazioni che » derivassero da contratti di bestiami, non « basterà la pruova, che si volesse fare, « con tali testimonii.—Col mezzo di soli « testimonii non potrà neppure provarsi « la società, la cessione delle ragioni ed « azioni, e nemmeno la compra e vendi« ta, ed altri contratti, per cui si trasfe« risce d'uno in altro dominio, o posses« so di cose stabili. »—*Il Traduttore.*

(2) Vedi Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, num. 768.

Digitized by Google

Siffatta interpretrazione era poco ragionevole, perciocchè i fatti che risolvono l' obbligazione, come sarebbero il pagamento, la remissione ec. sono capaci di essere provati per iscritto al pari delle convenzioni che hanno per iscopo di costituire l'obbligazione medesima. Da ciò le espressioni più generali dell'ordinanza del 1667 [1], la quale prescrive che debba stendersi atto innanzi notaro o scrittura privata, di qualsivoglia cosa che ecceda il valore di cento lire. Pel vocabolo *cosa*, adoperato senza restrizione, s'intendono denotati tanto i contratti, che le distrazioni, le convenzioni *divestitive*, non che le convenzioni *investitive*, per servirmi del linguaggio di Bentham. Ma non si è voluto con ciò intendere alcuna cosa al di là di quello che deriva dalla volontà dell' uomo, le cose *delle quali si vuole trattare* o *disporre*, come lo dice l' editto del 1611, da noi già citato [2]. Le espressioni dell'ordinanza si ritrovano nell'articolo 1341-1295 del codice civile, e non possono essere interpretate in altro modo.

Egli è vero che fecesi proposta di sostituire alla redazione del codice questa formula: « Deve stendersi atto di *qualunque fatto giuridico* di cui l'oggetto è superiore a cento cinquanta franchi [3]. » In questa guisa si mettono fuori della regola i fatti della natura [salve le disposizioni espresse in contrario, come per le nascite e per le morti] ed i fatti dell' uomo che non presentano se non risultati materiali, come è il possesso.

Questa maniera di esprimere la regola è, senza dubio, più esatta delle formula adoperata dall'ordinanza del 1661 e dal codice civile, ma non ci sembra perfettamente giusta. Ci riesce impossibile comprendere perchè il possesso non debba essere un fatto giuridico, poichè esso suppone un elemento morale, oltre al fatto materiale della detenzione. Esso sarebbe adunque di necesità compreso nella regola intesa in un significato così esteso.

La sola idea ragionevole si è di ritenere, coi primi comentatori dell'ordinanza di Moulins, che la proibizione sia riferibile al caso in cui le parti hanno contrattato insieme: *de quibus pacisci consueverunt*, dice Boiceau (4), *ut passim in jure reperitur sub his verbis, gesserunt, contraxerunt*. È duopo adunque che vi sia *aliquid gestum*.

Da un'altra parte, se le espressioni *cose o fatti giuridici* hanno soverchia estensione, si comprende perchè il legislatore non ha voluto neanco adottare la parola *convenzione*, che trovavasi nella redazione presentata al consiglio di Stato.[*] È di vero questa espressione non può adoperarsi per designare il pagamento degli arretrati di una rendita, pagamento del quale il creditore ha interesse ad avere nelle mani la giustificazione, per evitare la prescrizione; eppure questo non è un fatto suscettibile

(1) Titolo XX, articolo 2.

(2) « Le cose che non possono ridursi in iscritto, diceva l'avvocato generale Joly de Fleury in una requisitoria del 2 agosto 1706, che non sono suscettibili di convenzione, *non sono state giammai comprese in questa disposizione*.

(3) Vedi Zachariae § 762, colle annotazioni dei signori Aubry e Rau.

(4) *Ibid.*, capitolo 2, num. 1.

(*) Il codice sardo adottò la redazione presentata al consiglio di Stato: nell'articolo 1454 si dice: « Non è ammessa vo« runa pruova per mezzo di testimonii di « una convenzione su di un oggetto il cui « valore ecceda le lire trecento ec. » — *Il Traduttore*.

Digitized by Google

d'essere provato per mezzo di testimonii, quando il capitale della rendita oltrepassa 150 franchi, perciocchè il creditore può farsi rilasciare dal debitore una contro-quietanza. L'opinione contraria, ammessa in principio da taluni arresti, è oggi generalmente respinta. Trattasi in tal caso di una *transazione* nel significato più esteso della parola, di cose *delle quali si vuole trattare o disporre* come diceva l'editto del 1611. Il voto della legge è quindi la redazione della scrittura.

Perviensi, senza dubio, al medesimo risultato pratico, quando ricercasi, in un modo generale, se sia stato moralmente possibile stendere atto di quello che è avvenuto. Ma la regola in tal modo stabilita non sodisfa punto la ragione, perciocchè rimane sempre a conoscersi quali fatti il legislatore ha inteso sottoporre alla necessità di una pruova per iscritto. Noi siamo d'avviso che non si possa comprender bene il principio del codice se non rischiarandolo, come noi abbiamo fatto, coi documenti dell'antica giurisprudenza.

Questa osservazione ci conduce a rettificare la redazione doppiamente inesatta dell'articolo 1348-1302. 1° Questa redazione è primieramente viziosa perchè presenta come una eccezione alla regola proibitiva della pruova testimoniale, l'ammessione della pruova per testimonii dei delitti e quasi-delitti. Gli atti illeciti non aveano bisogno di essere eccettuati; essi non sono stati giammai compresi nella regola. Boiceau (1) non si era su questo ingannato: « Quod « autem ad obligationes ex maleficio « descendentes, satis vulgatum est « eas hac lege non comprheendi, « quia scriptis delinqui non soleat, « imo clam vel noctu. » Inoltre la facoltà di provare per testimonii non è ristretta ai fatti qualificati delitti o quasi-delitti. Tutte le volte che io impugno di dolo, non trattasi più di provare una convenzione suscettibile d'essere formata con iscrittura, si bene di manovre fraudolente, che non sarebbero più certamente tali, se mi fosse possibile di stenderne atto al momento. La regola dell'articolo 1341-1295 è di conseguenza inapplicabile, e, come scorgeremo in prosieguo, non bisogna attenersi alla lettera dell'articolo 1353-1307 che sembra non riservare altro mezzo, per istabilire la frode, che le presunzioni abbandonate ai lumi del giudice.

La seconda inesattezza di questo stesso comma dell'articolo 1348-1302 sta in ciò che esso confonde in unica redazione tutti i quasi-contratti, che esso presenta come collocati fuori della proibizione. Or, dei due quasi-contratti menzionati dal codice havvene certamente uno, la gestione di negozii, il quale, legandosi ad un semplice fatto intervenuto tra *parti* non presenti, non è suscettibile di pruova letterale; ma l'altro quasi-contratto nascente dalla ricezione dell'indebito, rientra nell'articolo 1341-1295, perciocchè colui che voleva fare un pagamento, doveva farsi rilasciare quietanza. Niuno, malgrado i termini generali della legge, esita a fare simile distinzione; ma comprendesi bene esser più semplice il ricercare sempre se trattisi o no di un fatto nascente da convenzione.

(1) Libro 1, capitolo 10, numero 5.

§ 2° *Eccezione a questa regola.*

116. Le eccezioni alla regola dell'articolo 1341-1295, riguardano, o il valore tenue del litigio (art. 1341-1295 e seg.), o la esistenza di un principio di pruova per iscritto, che dà una base alle pretese dell'attore

Digitized by Google

(articolo 1847-1301), o finalmente all'impossibilità fisica o morale di procurarsi uno scritto. Oltre a tali eccezioni fondate sulla legge noi ci faremo a ricercare se il consenso dello avversario possa oppur no dispensare lo attore dall'osservanza di questa regola.

PRIMO MODO DI ECCEZIONE

MODICITA' DEL VALORE DEL LITIGIO.

117. La prima limitazione fatta al principio che esclude la pruova testimoniale in materia convenzionale, si è la modificazione, compresa nella enunciazione stessa del principio, che ammette i testimonii quando il valore non oltrepassa una determinata somma. Sia che si abbia riguardo alle spese dell'atto, sia che si rifletta al pericolo di subornazione, questa modificazione sembra sempre ragionevole. La somma, stabilita a 100 lire dalle ordinanze del 1556 e del 1667, è di 150 franchi secondo il codice civile. Ma la proibizione, che sembra addolcita, è in sostanza notabilmente aggravata, se la si paragona oggi a quello, che essa era nel XV secolo; perciocchè non è mestieri avere delle conoscenze profonde in economia politica, per sapere che 100 lire nel 1566 corrispondono oggi a più di 150 franchi. Diremo noi dunque, a vergogna del nostro secolo, che questo avvilimento del valore del numerario è compensato dai progressi della corruzione? Checchè ne sia, tenendoci fermi alla somma determinata dal codice è d'uopo ricercare in qual modo si dovrà valutare l'importanza della domanda, per determinare se essa oltrepassi oppur no la somma indicata.

118. Non è solamente in materia di pruova testimoniale che debbesi calcolare il valore del litigio. Si fa la medesima quistione principalmente quando trattasi di sapere se la sentenza di un tribunale di distretto sia profferita in prima o in ultima istanza. In questa ipotesi, o l'attore non ha dato un valore alla sua pretesa, ed allora il giudice deve valutarla a norma degli elementi determinati dalla legge, come un atto di locazione non sospetto (legge delli 11 aprile 1838, artic. 1°); in mancanza di questi elementi, ritiensi generalmente che non deve darsi adito a perizia, che sarebbe troppo dispendiosa, e che, nel dubio, l'appello dev'essere ammesso; o l'attore ha stabilito egli stesso la cifra delle sue pretese, ed allora, siccome questa cifra non può essere oltrepassata (codice di procedura, articolo 480-544, num. 4-4) essa stabilisce irrevocabilmente l'ammontare della domanda. Ebbene! nè l'una nè l'altra di queste soluzioni è ammessibile per quanto concerne la pruova testimoniale.

E dapprima, nel silenzio dell'attore, la legge non ha precisato alcun elemento al quale debbasi stare per conoscere se il litigio oltrepassi o pur no 150 franchi. Il giudice ha quindi un potere discrezionale per eseguire siffatta valutazione, ma una differenza fondamentale si è che questa valutazione è forzosa. A differenza dell'appello, la pruova testimoniale non è di dritto comune, perciocchè l'attore, in vantaggio del quale la limitazione è stata introdotta, ha sempre il dritto di respingere i testimonii dimostrando che la cifra legale trovasi sorpassata. Da ciò la necessità di una valutazione, per la quale dovrannosi accuratamente consultare tutti i documenti della causa. Non converrà ricorrere ad una perizia se non nel caso estremo, poichè sarebbe deplorabile, per affari d'interesse tenue, dover soffrire le spese di una

Digitized by Google

perizia e quelle di una pruova testimoniale ad un tempo (1).

119. Suppongasi ora che esista una valutazione dell'attore; essa non dovrà accogliersi d'una maniera assoluta. E di vero, il solo motivo del legislatore non è il timore della corruzione dei testimonii: altrimenti, egli farebbe come in materia di competenza, non seguirebbe altra norma che l'interesse dell'attore, interesse di cui il *maximum* è fissato dalle sue conclusioni. Per l'opposto, gli articoli 1343-1297 e 1344-1298 proibiscono l'ammessione della pruova testimoniale, ancorchè l'attore restringa la sua primitiva domanda (2), o quand'anche dichiari che il suo credito sia residuo di un credito maggiore che oltrepassava la cifra legale.

Questi articoli stanno in perfetta armonia colla disposizione dell'articolo 1341-1295, il quale, nel prescrivere di *stendersi atto*, si riporta all'epoca della convenzione delle parti, e non a quella del litigio. Di conseguenza la valutazione dell'attore non può essere ammessa se non quando è riconosciuta sincera. Quindi se i testimonii ricevuti dichiarano un valore superiore a quello che l'attore reclamava, la sua pretesa, supponendo il caso che essa poggi esclusivamente sulla pruova orale, dovrà essere rigettata ai termini dello stesso articolo 1344-1298, perciocchè verrà a scorgersi che la somma reclamata fa parte di un credito più forte, non provato per iscritto (*).

120. Ma perchè siavi colpa imputabile all'attore, bisogna che egli siasi trovato creditore d'una somma superiore a cento cinquanta franchi. Che se, sin dal principio, il credito fosse stato ridotto ad una somma inferiore al limite legale in conseguenza di un pagamento parziale fatto in contanti, non vi sarebbe stato giammai obbligo di stendere un atto. Se, per esempio, un oggetto fu venduto duecento franchi, di cui cento cinquanta franchi furono pagati immediatamente, non essendo il venditore, alla fin dei conti, creditore che di cinquanta franchi, non potevano pretendere che egli facesse la spesa di uno scritto, e di conseguenza la pruova testimoniale è ammessibile.

Per applicazione di questo principio Pothier (3), dopo aver deciso che io non posso provare con testimonio un credito di cinquanta lire, porzione mia ereditaria in un prestito di duecento lire fatto da mio padre, al quale io succedo per una quarta parte, aggiunge che io sono ammessibile a provare con testimonii, non del prestito di duecento lire, ma di una promessa fatta dal debitore di pagarmi cinquanta lire per la quarta parte a me dovuta: trattasi infatti allora di dimostrare, non il credito primitivo, ma un credito novello, che non cade sotto il colpo del divieto del legislatore (**).

121. Una decisione applicabile del pari alla competenza ed alla pruova testimoniale, si è quella che prescrive

(1) Boiceau, libro 1, cap. 18, num. 5.

(2) A meno che non siavi errore di fatto nella valutazione contenuta in siffatta domanda, perciocchè tale errore permette sinanco di rivocare una confessione, anche giudiziale (codice civile, artic. 1356-1310).

(*) Uniformi: Touillier, t. IX. num. 46; Duranton, t. XIII, num. 323; Zachariae § 762, n. 2, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, nota 15. — *Il Traduttore.*

(3) *Trattato delle obbligazioni*, numeri 790 e 791.

(**) In conseguenza di siffatti principii la corte suprema di giustizia di Napoli decise che un debitore di somma al di là di cinquanta ducati non è ammessibile a provare con testimonii la sodisfazione di un *a conto* infra i ducati cinquanta. Un sistema contrario eluderebbe facilmente la legge, spezzando, per così dire, la pruova di un'obbligazione maggiore di ducati cinquanta in tante successive obbligazioni minori della cifra stessa.

Corte suprema di giustizia di Napoli,

Digitized by Google

di cumularsi al capitale gl'interessi scaduti sino al giorno della domanda (articolo 1342-1296). Si potrebbe opporre che l'attore non era in fallo all'epoca in cui si costituì il credito, se, indipendentemente dagl'interessi da scadere, essa non ammontava a cento cinquanta franchi. Ma si suppone che egli avrebbe dovuto farsi pagare gl'interessi, o farsi rilasciare uno scritto, quando i medesimi sorpassarono la cifra dalla legge stabilita.

Non debbonsi però confondere cogl'interessi, di cui la cifra poteva anticipatamente calcolarsi, i *danni ed interessi* che l'inesecuzione di un'obbligazione può con se trascinare. Il danno eventuale nascente da siffatta inesecuzione, è un fatto posteriore, che si avvicina molto al delitto, e che non potevasi ragionevolmente far entrare in calcolo quando trattavasi di sapere se dovevasi o pur no stendere atto della convenzione. Tale sembra essere stato il pensiero della sezione del consiglio di Stato, atteso il cambiamento di redazione che esso arrecò all' articolo 1342-1296, il quale, nel progetto del codice, era concepito in questi termini: « La « superiore regola si applica al caso in « cui l'azione contiene, oltre alla do- « manda del capitale, una domanda di « *danni ed interessi*, quando questi « *danni ed interessi*, uniti al capitale, « oltrepassano la somma di cento cinquanta franchi [*]. »

122. L'articolo 1345-1299 estende questa esigenza, anche al caso in cui trattasi di crediti diversi, se, congiunti insieme, eccedono il limite legale; era mestieri che il creditore si fosse messo in regola trovandosi a fronte della stessa persona debitrice di più di cento cinquanta franchi [1]. Non avviene lo stesso [medesimo articolo 1345-1299) se i crediti derivano da persone diverse per titolo di successione, donazione o

arresto del 24 luglio 1838, nella causa Jannelli e Tufano. V. Vaselli, *Manuale pel Giureconsulto*, vol. 4, pag. 120; v. ancora un altro arresto della stessa corte del 15 febrajo 1840.—Vaselli, *ibid.*, vol. 5, pag. 404.

Per la stessa ragione si è deciso che se il compratore, nel pagare il prezzo della vendita, al momento stesso in cui si perfeziona il contratto, ritiene, col consenso del venditore, una somma minore di ducati cinquanta, per pagarla ad un creditore di costui, questa obbligazione non si può considerare come parte o residuo di altra maggiore, nel fine di escludere la pruova testimoniale. In tal caso, infatti, non è il prezzo totale della cosa venduta quello che costituisce la misura dell'obbligazione, perciocchè questa rimase estinta nel suo nascere col pagamento fatto nell'atto stesso della vendita, sì bene la somma che rimase a pagarsi.

Corte suprema di giustizia di Napoli, com. civ., arresto del 9 aprile 1850, nella causa Trapasso ed Alfi. V. Gazzetta dei Tribunali, anno 1850, num. 465, pag. 385. —*Il Traduttore.*

(*) Uniformi: Duranton, tom. XIII, numero 359; Zachariae, § 762, num. 3, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, nota 29. —*Il Traduttore.*

(1) In materia di competenza, questo motivo non è applicabile, perciocchè non potrebbesi con buona ragione rimproverare ad un litigante di avere molte liti con una stessa persona. Tuttavolta la decisione della legge 11, *Dig. de jurisd.*, che, per determinare la cifra della competenza, isolava le varie domande spiegate contro uno stesso avversario, non è ammessa dalla legge del 24 maggio 1838 (articolo 9); ed è ben malagevole non estendere in tutte le giurisdizioni quello che il legislatore dice pei giudici di pace. Questa dottrina, stabilita da una giurisprudenza sanzionata dalla legge del 1838, fondasi sopra considerazioni pratiche. Primieramente, si evita di pronunziare sopra una quistione delicata, la connessione delle domande, che sono in tal guisa presentate contemporaneamente; inoltre, quanto alle spese dell'appello, queste domande riunite sono meno dispendiose che se si fossero successivamente intentate.

Digitized by Google

altrimenti; non havvi piú contravvenzione allo spirito della legge, quando la congiunzione non è più la conseguenza di un contratto intervenuto collo stesso debitore, ma risulta dalla forza delle cose.

123 Avrebbesi potuto eludere quest'ultima proibizione, intentando successivamente diverse azioni inferiori alla somma dalla legge determinata. Tale si è il principale motivo della regola (articolo 1346-1300) che prescrive di proporsi in un solo e medesimo libello tutte le domande, da qualunque causa procedano, che non siano interamente giustificate per mezzo di scrittura; aggiungendo che non potranno riceversi l'altre domande delle quali non esista la pruova scritturale (1).

Questa prescrizione, la quale comprende evidentemente i soli debiti scaduti, deve forse applicarsi anche a quelli che derivano da persone diverse, e che sono di conseguenza suscettibili d'essere provati per mezzo di testimonii?

Si potrebbe supporre di no, se non si ponesse mente che alla sola idea che la legge ha voluto prevenire una frode alla proibizione dell'articolo 1341-1295, frode che qui sarebbe senza scopo, perchè la pruova testimoniale è ammessibile a ragione della diversità dell'origine dei debiti. Ma l'articolo 1346-1300 non fa che riprodurre una disposizione dell'ordinanza del 1667 (2), la quale, indipendentemente dalle regole della pruova, tendeva a prevenire la moltiplicità delle piccole liti [3] (vedi il processo verbale delle conferenze sull'ordinanza del 1667, discussione sul titolo XVII del progetto, articolo 4).

Fatto questo primo passo, non dobbiamo noi progredire più oltre, e richiedere la congiunzione delle domande, anche nel caso che esse poggiassero sopra un principio di pruova per iscritto? I termini dell'ordinanza e del codice: *che non saranno interamente giustificate per mezzo di scrittura*, conducono necessariamente ad una tale soluzione. È ben vero che l'articolo 1347-1301 sembra opporvisi, dichiarando che *le regole esposte di sopra* e per conseguenza, si dice, l'articolo 1346-1300, ammettono eccezione, quando

(1) Questa proposizione ci sembra anch'essa evidente, sebbene di recente sia stata per la prima volta impugnata (vedi li signori Aubry e Rau, nota 41, sul § 762 di Zachariae). Il legislatore avrebbe potuto senza dubio spingere il rigore logico sino ad esigere l'indicazione, nel libello, dei crediti non ancora esigibili. Ma esso non ha parlato che delle *domande proposte*, e non v'ha cosa che autorizzi a ritenere una decadenza così grave, quanto quella della perdita completa del dritto dell'attore, nel caso che non si trovasse nel libello la menzione insolita dei crediti estranei all'istanza (*).

(*) L'opinione di Bonnier è anche quella di Toullier, tom. IX, num. 80, Favard *Repert.*, v. *Pruova* § 1, num. 14; Duranton, tom. XIII, num. 327.—*Il Traduttore.*

(2) Titolo XX, articolo 6.

(3) Non esiste però alcuna simile disposizione sotto il punto di vista della competenza. Non v'ha cosa che vieti ad un litigante di scindere le sue azioni, per evitare le spese di una giurisdizione superiore. Noi non abbiamo alcuna istituzione che rassomigli all'eccezione *rei residuae* (Gajus, comm. IV, § 122) dei Romani. Ma, sebbene le nostre leggi serbino del pari il silenzio nel caso in cui si dividesse un credito unico, il che dava luogo all'eccezione *litis residuae* (Gajus *ibid.*), gli scrittori più esatti sostengono che il convenuto potrebbe costringere l'avversario a non ridurre a brani la sua domanda. La condotta di un litigante il quale non vuole agire che per una parte soltanto, è ad un tempo inconseguente e poco rispettosa pel tribunale.

Digitized by Google

esiste un principio di pruova per iscritto. Ma questa redazione si spiega perfettamente se ci riportiamo al progetto del codice, nel quale l'articolo 1347-1300 non figurava. Al vantaggio della semplificazione delle liti, da noi or ora cennato, si può aggiungere ancora, per la buona spedizione degli affari, l'utilità della riunione in un solo esame testimoniale di fatti che saranno spesso connessi. Questa parte di codice civile non ci sembra dunque che meriti la censura di cui è stata sovente l'oggetto (*).

Riassumendo, ecco quale sembra essere il sistema della legge. Essa dapprima si riporta all'epoca in cui la convenzione ha avuto luogo, onde conoscere se, a quell'epoca, il valore eccedeva o pur no la somma legale, quand'anche nel momento attuale essa si trovasse al di sotto di questa cifra. Inoltre, in senso inverso, non basta che nell'origine la cifra di cento cinquanta franchi non fosse stata sorpassata; essa esamina se in prosieguo, dopo essersi conchiusa la convenzione, siasi oltrepassato il limite assegnato. Questi due punti di vista corrispondono ai due motivi ben distinti della proibizione. Si ritorna sul passato, perchè il voto della legge si è che abbiasi sin dal principio una sicurezza di una pruova stabile: si esamina il presente, perchè non debbesi neanco perdere di vista il pericolo della corruzione dei testimonii.

Coll'ajuto di siffatte osservazioni, le quali altro non sono che l'analisi delle disposizioni del codice, ci riuscirà forse di risolvere la quistione tanto agitata che fa nascere il testo dell'articolo 1834-1706 « Ogni società si dee contrarre col mezzo di scrittura, quando l'oggetto di essa ecceda il valore di cento cinquanta franchi [**]. » Si è chiesto che cosa debba intendersi per l'*oggetto* di una società?

Due opinioni diametralmente opposte sono professate su quest'articolo. Gli uni, penetrati dall'idea che tutto quello che il legislatore ha voluto si è la redazione di un atto al momento della formazione della società, prendono in considerazione, non l'interesse ulteriore dei socii, ma il valore originario della società, qualunque siasi l'aumento che la medesima ha posteriormente ricevuto (***). Gli altri, per l'opposto, prendendo principalmente di mira il pericolo della subornazione dei testimonii, non tengono conto dell'importanza che poteva o che può avere la società presa collettivamente, ma considerano unicamente l'interesse del socio attore, che essi autorizzano ad ottenere la pruova testimoniale, quando la sua domanda non ecceda cento cinquanta franchi [****].

Ciascuna di queste due opinioni poggia sopra un fondo di verità; il loro unico torto sta nell'essere esclusive. Se, come noi abbiamo ve-

(*) Questa opinione è del pari professata da Delvincourt, tom. 2, pag. 624 e 625; Duranton, tom. 13, num. 327; Aubry e Rau, annotazioni a Zachariae, al § 762, n. 4, nota 39.

Vedi in senso contrario Zachariae § 758, testo, e nota 16.—*Il Traduttore.*

(**) Questa disposizione, riprodotta quasi in tutti i codici di Europa, non si rinviene nel codice Sardo. Forse quel legislatore ritenne superfluo ripetere in un nuovo articolo quello che era stato prescritto nell'at. 1454 (1341 di Francia e 1295 delle Due Sicilie) sulla pruova di qualunque convenzione in generale.—*Il Traduttore.*

(***) Questa è l'opinione di Toullier, t. 8, num. 72; di Duvergier, *ibid.*; di Troplong, *Società*, num. 202.—*Il Traduttore.*

(****) Di questa opinione è Delvincourt tom. 7, n. 280, e Duranton, tom. 13, numero 306, e tom. 17, num. 343.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

duto nei rapporti di un solo creditore ed un solo debitore, l'analisi dei testi prova che in generale si è avuto riguardo alla forza antilitigiosa (1) di una scrittura ed al timore della corruzione, quale motivo havvi adunque per non decidere nello stesso modo tra socii? Quindi sembra che i testimonii non possano essere ammessi, nè nel caso in cui l'oggetto della società oltrepassava da principio cento cinquanta franchi, nè nel caso in cui attualmente l'interesse, sia individuale, sia anche collettivo, sia giunto ad oltrepassare questa cifra. Se si allega, nel primo caso, che la società è scemata in valore, è facile rispondere che la pruova testimoniale non è ammessibile per una somma che sarebbe residuo di un credito maggiore non provato per mezzo di scrittura [articolo 1344-1298]. Se poi, nel secondo caso, si pretende che deve bastare alle parti che esse non abbiano controvvenuto al testo della legge al momento della formazione del contratto, si cade sotto l'impero dell'articolo 1342-1296, che impone di riunire gl'interessi al capitale. Non havvi forse identità di ragioni pei guadagni capitalizzati?

Quest'ultima idea deve nonpertanto essere applicata con circospezione. I guadagni non possono prevedersi anticipatamente, come gl'interessi, quindi il solo fatto della scadenza loro non può trascinar seco la necessità di stendersi atto, quando essi non siano stati aggiunti alla massa sociale. Se, per conseguenza, l'avveramento di questi guadagni fosse stato il segnale dello scioglimento della società, sarebbe irragionevole richiedere dai socii una scrittura, supponendo che essi non vi fossero stati obbligati nel momento in cui si riunirono in società. Sotto questo punto di vista solamente può approvarsi un arresto della corte di Torino del 24 marzo 1807, il quale ammise la pruova testimoniale di una società per giocare al lotto in cui la porzione messa da ciascuno era inferiore a cento cinquanta franchi, sebbene la vincita oltrepassasse questa somma. Avrebbesi dovuto decidere in altro modo se la società fosse stata destinata ad essere prolungata, e che il guadagno verificatosi fosse stato versato nella cassa sociale (*).

SECONDO MODO DI ECCEZIONE

Principio di pruova per iscritto

125. L'esclusione della pruova testimoniale, per lo meno in materia di convenzioni, non tende, noi l'abbiamo già detto, ad esigere imperiosamente uno scritto. Le altre pruove orali meno sospette, la confessione

(1) Espressioni di Bentham.

(*) Troplong è di avviso che per determinare l'oggetto della società bisogna riportarsi all'epoca della convenzione e riguardare unicamente il totale della somma e del valore della cosa che le parti hanno messo in comune: il guadagno che può derivarne è un oggetto incerto, futuro accessorio, e dipendente dal contratto principale di società.

V. Troplong, *Società*, n. 202, tom. IX, num. 42; Duvergier, num. 72; Zachariae, parte 2, lib. I, § 378, nota 2; Mazerat, sopra Demante, num. 509.

Delvincourt, sull'articolo 1834 e Duranton, t. XIII, num. 327, professano una opinione contraria.

Quid, se la contribuzione di tutti o di uno dei socii non consiste che in industria? Mazerat, sopra Demante, num. 510, risponde: Se la contribuzione di tutti o di uno dei socii non consiste che in industria, bisogna valutarla, e se essa oltrepassa il valore di cento cinquanta franchi si applica l'articolo 1834-1706; bisogna provare la società per iscritto.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

ed il giuramento, sono ammessibili quando la scrittura non è richiesta per la sostanza dell'atto, come nel contratto di matrimonio. Ma, se una confessione completa prova la convenzione, è facile comprendere che può esservi una confessione incompleta, tale da rendere verosimile il fatto allegato, senza darne tuttavia una piena dimostrazione. Se questa confessione imperfetta è dimostrata per mezzo di uno scritto, perciocchè altrimenti cadrebbesi in un circolo vizioso, essa dà alla pretesa una base abbastanza solida perchè si possano senza pericolo ammettere i testimonii. Tale si è la teoria che risulta dalla definizione del principio di pruova per iscritto, data dall'articolo 1347-1301: « Si ha per tale qualunque scrittura « che derivi o da colui contro il quale « si propone la domanda, o da quello « che egli rappresenta, e che rende « verisimile il fatto allegato.»

Nell'antica giurisprudenza, e precisamente in un'epoca molto vicina all' ordinanza di Moulins, non si richiedeva, come al presente, che il principio di pruova avesse il carattere di una confessione, che derivasse, cioè, dal convenuto. L'ordinanza era considerata come troppo spinta, ed accoglievasi favorevolmente ogni mezzo che tendesse ad eluderne la disposizione. Mornac (1) si espime in questi termini: «Prohibita non est edicto regio probatio « per testes in summa quae centum « libras superat, si vel tantillum scri« ptus cui fides adhibeatur, de re « controversa constiterit, quum sum« mum illud jus invectum sit in mo« res gallicos ob testium facilita« tem.» Così un arresto riferito da Vrevin (2) vide in una ricognizione proveniente da una vedova un principio di pruova contro gli eredi del di lei marito(*). Se l'ordinanza del 1667 non confermò, questa giurisprudenza, neanco la condannò, poichè essa non fece altro che enunciare il principio di pruova (3) per iscritto senza definirlo. Gli scrittori più accurati, principalmente Danty (4) e Pothier, insegnarono, egli è vero, che lo scritto doveva emanare da una parte interessata nella contestazione; ma i tribunali non erano obbligati ad uniformarsi a questa opinione, e la corte di cassazione decide costantemente che si può anche oggi, pei casi avvenuti prima della pubblicazione del codice, considerare come principio di pruova un documento proveniente da un terzo estraneo al litigio. [5].

126. La teorica di Danty e di Pothier, consagrata oggi dalla legge, soffre purnondimeno talune notevoli eccezioni (6). Ma non è questo il luogo di esaminare le quistioni sì dibattute che sorgono sugli atti che possono servire di principio di pruova, quando tali atti derivano dai

(1) *Ad legem certi, § quoniam,* dig. *de rebus cred.*

(2) Sull' articolo 54 dell' ordinanza di Moulins.

(*) Sotto il sistema delle attuali leggi la corte di cassazione di Francia, a 23 luglio 1851, decise che una lettera scritta da una donna sola può servire di principio di pruova per iscritto contro il marito, quando la lettera sia relativa ad operazioni che i due sposi maritati sotto il regime della comunione facevano coi terzi. (V. *Journal du Palais*, tom. 2, anno 1851, pag. 48).

Il contrario era stato purnondimeno deciso da due arresti, l'uno della corte di Grenoble, del 20 luglio 1824, e l'altro della corte di cassazione degli 8 dicembre 1834.—*Il Traduttore.*

(3) Titolo XX, articolo 3.

(4) Aggiunzioni a Boiseau, parte 2, capo I.

(5) *Trattato delle obbligazioni* nuo. 808.

(6) Vedi gli articoli 1335-1289 e 1336-1290.

Digitized by Google

terzi, ovvero quando essi presentano alcuni vizii di forma. La soluzione di queste quistioni suppone necessariamente la conoscenza delle condizioni richieste perchè un atto faccia fede. Noi la rimandiamo di conseguenza ai nostri ulteriori sviluppi sulle pruove precostituite.

Del resto la quistione tendente a sapersi quale debba essere l'autore dello scritto allegato come principio di pruova, o se lo scritto non sia di una forma tale che la legge lo respinga completamente, potrà richiamare l'esame della corte di cassazione [1]. È evidente che non può dirsi lo stesso relativamente alla valutazione del grado di vera somiglianza che il fatto allegato attinge dallo scritto: una cattiva decisione in proposito non costituirebbe che un mal giudicato [*]. È interessante però non abusare del potere discrezionale lasciato ai giudici sulla materia. Oggi che la scrittura è tanto in uso nelle relazioni sociali, se il tribunale si contentasse della nota la più vaga per ordinare la pruova testimoniale, le precauzioni del legislatore sarebbero agevolmente eluse.

127. Se lo scritto, per valere come principio di pruova, deve generalmente provenire da colui al quale viene opposto, è mestieri che sia assolutamente certo che egli ne sia realmente l'autore. È dunque un errore grave qualificare principio di pruova per iscritto, come ha fatto Toullier (2) le scritture private che non sono assolutamente un nulla finchè non se ne conosce l'origine, e sarebbe fare una vera petizione di principio voler corroborare col mezzo della pruova testimoniale una confessione di cui non è dimostrata l'esistenza. L'illustre professore di Rennes sembra che abbia confuso i testimonii chiamati qualche volta alla verificazione di una scrittura, coi testimonii che vengono a deporre sull'esistenza della convenzione. Nel primo caso, i testimonii vengono ad attestare, non quello che contiene lo scritto, ma la confezione medesima dello scritto, di cui l'origine è impugnata. Nel secondo caso, essi vengono ad attestare il fatto che lo scritto rende verosimile. In questo modo, quando trattasi di principio di pruove per iscritto, possono esservi due pruove testimoniali ben distinte: l'una tendente a dimostrare che lo scritto è della mano di colui al quale viene attribuito; l'altra tendente a stabilire, per altre deposizioni, il fatto medesimo della convenzione, che questo scritto permette di verificare con testimonii. La prima di queste pruove testimoniali è sola ammessibile *de plano*, siccome quella che si riferisce ad un semplice fatto, la confezione dello scritto, al quale non si applica punto la proibizione dell'art. 1341-1295(3) [**].

128. Noi chiediamo finalmente se sia permesso d'invocare come principio di pruova per iscritto innanzi ai tribunali civili le risposte precedentemente raccolte nel corso di una procedura criminale. I termini generali della legge: « Qualunque atto per iscritto..... che renda verosimile il fatto allegato, » menano a questa soluzione. Purtuttavia, a 13 agosto 1836, era stato deciso il contrario dalla corte di appello di Parigi, la quale avea

(1) Cassazione, 30 dicembre 1837 (*).

(*) Uniformi: Zachariae, § 764, n. 4; Duranton, tom. XIII, nnm. 344; Toullier, tom. IX, num. 133; Cassazione, 30 aprile 1807; 11 aprile 1826; 6 agosto 1830; 27 aprile 1840; 18 maggio 1840; 10 agosto 1840. — *Il Traduttore.*

(2) Quinta edizione, tomo IX, num. 61.

(3) Vedi il num. 115.

(*) Unif. Zachariae, § 764, n. 4; Duranton, tom. XIII, num. 344. — *Il Traduttore.*

(**) Unif. Zachariae, § 764; Duranton; tom. XIII, num. 351. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

ritenuto che i giudici civili non possono trarre la loro convinzione dai documenti di una procedura criminale. Ma questa restrizione è assolutamente arbitraria, e non importa affatto confondere la giurisdizione civile colla giurisdizione criminale l'autorizzare i tribunali civili a vedere un principio di pruova per iscritto in una istruzione regolare, che equivale bene a semplici note provenienti dal convenuto. Per queste considerazioni l'arresto della corte di Parigi fu annullata sotto li 2 giugno 1840. Nondimeno siffatta teorica debbe essere applicata con circospezione [*].

Non bisogna neanco perdere di vista che l'atto deve *derivare da colui contro il quale si propone la domanda*. Or, se queto carattere appartiene alle risposte date innanzi al giudice d'istruzione, risposte che sono lette all'imputato, onde egli possa riconoscere se le sue dichiarazioni siano state alterate, non può generalmente ritenersi lo stesso delle dichiarazioni attestate solamente dai verbali di udienza redatti dal cancelliere. Questo è stato molto ragionevolmente deciso da un arresto di cassazione del 17 luglio 1841: « Attesocchè non si può attribuire questo carattere ad uno scritto che non deriva dall'imputato, di cui egli non ha potuto sorvegliare il tenore, che egli non ha nè veduto nè sottoscritto, e che è l'opera di un ufficiale al quale la legge non ha dato incarico speciale in proposito [**]. »

TERZO MODO DI ECCEZIONE

Impossibilità di procurarsi una pruova letterale.

129. Noi femmo già rilevare che i delitti e quasi-delitti, al pari del quasi-contratto di gestione di negozii, sono collocati fuori della regola dell'articolo 1341-1295, e che di conseguenza, nella facoltà di provarli con ogni mezzo possibile, non debbesi scorgere una eccezione, sebbene la legge sembra dirlo, ma l'applicazione del dritto comune. I casi veramente eccezionali, di che or' ora ci occuperemo, sono quelli nei quali trattasi di convenzioni che non poterono ridursi in iscritto.

130. L'impossibilità fisica sarà rara nella pratica. Il codice civile parla del caso di accidenti impreveduti nei quali non è stato possibile stendere atti per iscritto [articolo 1348-1302, num. 3]. Non è però necessario supporre una impossibilità assoluta, come, per esempio, se taluno si fosse trovato in un deserto a prestare del denaro, senza avere alcun mezzo di scrivere e lontano da qualunque comunicazione; basta che siavi stata impossibilità locale e momentanea (***). Se io m'imbatto in una per-

(*) Unif. Zachariae, § 764. — *Il Traduttore.*

(**) Uniformi: Ambry e Rau, annotazioni a Zachariae § 764, nota 19. Vedi però in senso contrario una decisione della corte di Bastia del 6 marzo 1833. — *Il Traduttore.*

(***) Uniformi: Toullier, tom. IX, numero 130, 200 e 203; Favard, *Repert.*, v. *Pruove*, § 1, num. 29; Duranton, tit. XIII, num. 357 e 358; Zachariae, § 765, num. 1; Parigi, 9 aprile 1821; Bourges, 24 novembre 1824; Limoges, 4 giugno 1840; Bourges, 23 febrajo 1842.

Non si possono però, in materia di pruova di convenzioni, comprendere sotto le parole *impossibilità morale* ragioni di uso e di delicatezza. Gand, 9 marzo 1838. Giur. del Belgio, 1838, p. 85.

Del resto il giudice di merito è sovrano estimatore dell'esistenza o dell'inesistenza dell'impossibilità, in guisa che la sua decisione sopra questo punto non potrebbe dare adito e cassazione. V. Zachariae, loc. cit., Cassazione, rig. 19 maggio 1841, Sirey XLI, 1. 545. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

sona spogliata dai ladri, io potrò con tutta sicurezza somministrarle in presenza di testimonii una somma maggiore di 150 franchi, per ajutarlo a proseguire la sua via. Senza dubio, a rigore, sarebbe stato possibile stendere un atto, facendo venire un uffiziale pubblico; ma l'ordinanza di Moulins non volle mettere inciampi alle relazioni di umanità e di filantropia. Si è per questo che il codice [articolo 1348-1302,2°], riproducendo l'ordinanza del 1667, dispensa formalmente da una ricognizione scritta i depositi necessarii fatti in caso d'incendio, rovina, tumulto o naufragio. Non è possibile redigere un inventario degli effetti mobili, che sono in fretta conservati presso i vicini in circostanze in cui l'interesse ben altrimenti grave della salvezza delle persone, non permette di occuparsi minuziosamente dei beni. Anche sotto l'impero dell'ordinanza di Moulins, che era muta su questa eccezione, il parlamento di Parigi, con arresto del mese di agosto 1573, aveva ammesso gli eredi di un protestante a provare per mezzo di testimonii un deposito di questa natura, fatto dall'autore loro nel punto in cui stava per essere massacrato il giorno della *Saint-Barthélemy*.

Taluni scrittori volevano andare più oltre, e collocare il deposito volontario nella medesima linea del deposito necessario. « Velim excipi « sacri arcanique depositi causam, » « diceva Cujacio (1), esprimendo un voto anzicchè una opinione. Ma si riconobbe che i moitvi di delicatezza esagerata che avrebbero potuto impedire di chiedere una ricognizione non doveano prevalere sul pericolo di riaprire una porta agli abusi che si volevano bandire. Quindi l'ordinanza del 1667 e l'articolo 1341-1295 del codice civile fanno espressamente rientrare nella proibizione il deposito volontario.

131. Esistono taluni casi nei quali dovrebbesi, rigorosamente parlando, fare uno scritto, ma nei quali, però reputasi che la rapidità delle transazioni trascini seco una specie d'impossibilità morale. Così i depositi fatti in un albergo furono assimilati ai depositi necessarii, dapprima dalla giurisprudenza, indi dall'ordinanza del 1667 e dal codice civile. I viaggiatori sono soventi volte tanto numerosi e fanno così breve soggiorno, che sarebbe estremamente incommodo, e per essi e per l'albergatore, costringerli a redigere inventario delle loro robe. Ma in questo caso, come nel caso di deposito necessario propriamente detto, la facilità accordata dal legislatore potrebbe dar luogo a gravi abusi, quindi egli ha cura di soggiungere, per avvertire il giudice d'essere circospetto nell'ammettere simili reclami: Il tutto secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto. » [artic. 1348-1302, 2°].

Si è talvolta preteso essere permesso di provare con testimonii la consegna di oggetti fatta ad un vetturale, nel modo stesso come si ammette tal pruova relativamente all'albergatore; ma siffatta assimilazione è abusiva. L'articolo 1782-1628 dice, egli è vero, che i vetturali per terra e per acqua sono sottoposti, quanto alla custodia e conservazione delle cose loro affidate, agli stessi obblighi degli albergatori; ma altro è l'estenzione dell'obbligazione che si suppone dimostrata, altro è la dimostrazione stessa dell'obbligazione. Era del pubblico interesse imporre ai vetturali la medesima responsabilità degli albergatori; ma per quest'oggetto, bisogna precedentemente dimostrare la

(1) *Paratit.* cod. ad tit. *deposiit.*

Digitized by Google

consegna degli oggetti. Questa consegna non può essere assimilata ad un deposito necessario. Ben lungi dal dispensare di scrivere, il codice [articolo 1785-1631] prescrive espressamente la tenuta dei registri in cui debbesi inscrivere tutto quello che si affida al vetturale, mentre simili registri non si sono mai tenuti negli alberghi.

Invano si direbbe che trattasi di un atto di commercio (codice di commercio, articolo 632-3), e che i commercianti sono generalmente obbligati a tenere dei libri, il che non impedisce l'ammessibilità della pruova testimoniale per la pruova delle operazioni commerciali. Quest' ammessibilità soffre eccezioni in taluni contratti; e questa sembra a noi che sia stata in questo caso l'intenzione del legislatore, quando ravvicinamo gli articoli 1930-1822 e 1952-1824 del codice civile, i quali ammettono illimitatamente la pruova testimoniale in materia di deposito necessario fatto agli albergatori, cogli articoli 1785-1631, dello stesso codice, e 96-95 del codice di commercio, i quali prescrivono al commessionato pei trasporti l'inscrizione della natura e della quantità delle mercanzie.

L'articolo 96-95 suppone sinanco che il commessionato possa essere richiesto da colui che spedisce, di scrivere talune indicazioni: questo dimostra che il registro in tal caso non è, come in tutti gli altri, un mezzo di verificazione per la regolarità delle operazioni del commerciante; ma un titolo destinato ad essere invocato da coloro che contraggono con lui. Il viaggiatore non sa egli forse che l' uso destina un certo tempo all'iscrizione delle mercanzie? Non havvi forse grave colpa dal canto suo quando non dichiara le sue robe? L' impossibilità morale non esiste se non quando non siansi tenuti registri (arg. dall' articolo 46-48, codice civile), o quando trattasi di oggetti di poca importanza che ordinariamente non si registrano, come sarebbe un sacco da notte: il tutto secondo le circostanze (1) (*).

Ma generalmente havvi impossi-

(1) Vedi arresto di rigetto del 19 frim. anno VII, e del 9 novembre 1839.

(*) Questa opinione è quasi generalmente ammessa dagli scrittori. V. in proposito Jousse, sull'ordinanza del 1667; Duranton, *della pruova testimoniale*, n. 316; Locazione, n. 242; Duvergier, tom. 2, n. 321; Zachariae, tom. 3, § 273. Troplong è anch'egli di quest'avviso (*Locazione*, n. 908), perciocchè, ei dice, l'assimilazione fatta dal codice tra il vetturale e l' albergatore sta solo nella custodia e nella conservazione della cosa, e non in altro, nè questa assimilazione comincia se non dopo essersi fermato il contratto tra il vetturale e colui che spedisce; quindi tutto ciò che è intervenuto anteriormente non va compreso nelle regole del deposito.

L'articolo 1782 delle leggi di Francia è stato riprodotto nell'articolo 1693 del codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla.

Il codice sardo dà luogo allo sviluppo di una opinione contraria. E di vero, sebbene all' articolo 1808 esso riproduca la disposizione dell'articolo 1785 di Francia, 1631 delle Due Sicilie, il quale prescrive all'intraprenditore la tenuta dei registri onde notarvi gli oggetti dei viandanti, pure all'articolo 1461, num. 2, novera tra' necessarii il deposito delle robe fatto presso i vetturali. Questa apparente contradizione del codice sardo potrebbesi conciliare qualora si ponesse mente, che l'obbligo di tenere i registri non è imposto se non agl'*intraprenditori* di pubblici trasporti per terra e per acqua ed a quelli delle vetture pubbliche, mentre la qualità di deposito necessario non si dà se non a quello fatto presso i *vetturali* propriamente detti, quali sono, per esempio i carrettieri, i battellieri ed i locatori di vetture particolari. Non sarebbe forse un rigore troppo spinto obbligare i viaggiatori a redigere atto della

Digitized by Google

bilità morale, dimostrata dall' uso giornaliero, per quanto concerne le operazioni commerciali, di cui la rapidità ed economia sarebbero gravemente compromesse dalla necessità della scrittura. Il codice civile si era contentato di fare sull'assunto un rinvio. Noi abbiamo già veduto che il progetto del codice di commercio voleva sopprimere quest'antica prerogativa delle giurisdizioni consolari, che le collocava fuori dell'ordinanza di Moulins; ma che gli unanimi reclami degl'interessati fece rinunziare a siffatta innovazione. Sebbene l' articolo 109-108 del codice di commercio sembri autorizzare il tribunale ad ammettere la pruova testimoniale nel solo caso delle *compre e vendite* pure si conviene da tutti oggi nel generalizzare l'applicazione di questo testo, il quale non cessa di essere applicabile se non in quei casi nei quali lo stesso codice commerciale stabilisce regole particolari sulla pruova [*].

Se l' impossibilità, anche semplicemente morale, di procurarsi uno scritto al momento della convenzione basta per rendere ammessibile la pruova testimoniale, deve, a ragion più forte, avvenire lo stesso quando lo scritto, dopo essere stato redatto secondo il voto della legge, viene a perdersi in conseguenza di un caso fortuito (articolo 1348-1302, 4°-4°); havvi allora una impossibilità assoluta *ex post facto* di produrre una pruova letterale.

Giustiniano, nella legge 18, codice *de testibus*, aveva avuto cura di fare per questo caso eccezione alle regole da lui stabilite per la pruova della liberazione. « Sin vero facta « quidem per scripturas securitas est, « fortuito autem casu vel incendii, « vel naufragii, vel alterius infortu- « nii perempta, tunc liceat his qui « hoc perpessi sunt, causam perem- « ptionis probantibus, etiam debiti « solutionem per testem probare, « damnumque ex amissione instru- « menti effugere. » L'imperatore ha cura di far rimarcare che bisogna,

consegna delle robe loro ad uno di questi tali vetturali che non hanno obbligo di tenere registro, che non ne tengono col fatto, e che ordinariamente sono analfabeti? Senza desumere questa teorica per argomentazione tratta dall'art. 46-48, non si scorge essa forse chiaramente dal confronto degli articoli 1782-1628 e 1785-1631 del codice civile? Questo sistema venne seguito dal codice della Repubblica a Cantone del Ticino, nell' articolo 1064. — *Il Traduttore.*

(*) La quistione, agitata in Francia e risoluta dal Bonnier e da molti altri scrittori per l' ammessibilità della pruova testimoniale, è di più agevole soluzione per le leggi del nostro Regno, ove per l'articolo 638 delle leggi di commercio, sconosciuto in Francia, prescrivesi che: « I giudici di commercio non potranno ammettere la pruova per via di testimonii, se non nei casi espressi nelle *leggi civili*, ed in quelli specificati nelle presenti *leggi*. »

Questi casi sono espressi negli articoli 59 e 108, relativi, il primo alla pruova testimoniale delle associazioni in partecipazione, l' altro a quella delle compre e vendite.

In conseguenza di questo principio la corte suprema di Napoli decise non essere ammessibile la pruova testimoniale per dimostrare la sodisfazione di una somma al di là di cinquanta ducati che non fosse compra-vendita.

Arresto del 26 marzo 1840, nella causa Leone e Rossi. V. Vaselli *Manuale pel Giureconsulto*, vol. 5, pag. 549.

In data più recente però la medesima corte ritenne non esservi divieto di ammessione della pruova testimoniale per giustificare la mancanza di riconsegna di generi affidati ad un manifatturiere per farne lavori.

Arresto del 2 dicembre 1850 nella causa Curcio e Navarra, 3 quistione. V. *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1850, num. 499, pag. 659.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

prima di tutto, provare il caso fortuito che è stato la causa della perdita, « causam peremptionis probantibus; » caso fortuito che lascia ordinariamente delle traccie esterne, e che, di dritto comune, è capace di pruova testimoniale. Se ciò non fosse, se bastasse far venire dei testimonii che dichiarassero aver veduto un dato scritto, allegando che questo scritto sia in prosieguo scomparso, tutte le restrizioni relative alla pruova testimoniale diverrebbero illusorie. Il punto fondamentale della pruova testimoniale è la perdita del titolo; quando questo fatto sarà bene dimostrato, si perverrà di necessità ad ascoltare testimonii sul tenore dell'atto perduto. Il sistema contrario costituirebbe non solo un mal giudicato, ma violerebbe la legge, ai termini di un arresto di cassazione del 7 ventoso anno XI (*).

Si può, del resto, provare la perdita, anche quando la scrittura era richiesta per la validità dell'atto. Un caso fortuito non può annientare i dritti di colui che ha fatto tutto quello che umanamente potevasi per obbedire alla legge. Ma in tal caso si decide con ragione che le deposizioni dei testimonii non possono supplire lo scritto, se non quando attestino l'adempimento apparente delle solennità richieste. Così, con arresto di cassazione del 17 febrajo 1806, è stato deciso che i testimonii che riproducevano le disposizioni di un testamento, senza dimostrare che esso riuniva le condizioni richieste dalla legge, non potevano autorizzare i tribunali ad eseguire questo testamento, di cui si allegava la perdita.

Si comprende agevolmente con quanta circospezione i giudici debbono sempre procedere in simili casi, nei quali essi camminano realmente sopra carboni accesi. Quanta certezza non debbono essi avere della delicatezza e della gravità dei testimonii, per ricostruire in tal guisa, sulla fede di rimembranze fugaci, degli atti che la preveggenza del legislatore avea creduto necessario dover circondare di tante formalità!

Non avviene lo stesso quando la scrittura non era richiesta che per la sola pruova. In tal caso non è necessario che il biglietto sia stato veduto dai testimonii, perchè essi attestino l'esistenza del credito indicato nel biglietto [1].

134. Stando fermi al principio che, in forza della necessità, è permesso di provare con testimonii il contenuto di un atto perduto o distrutto, quand'anche esso fosse autentico, si arriverebbe sinanco ad ammettere che si può in questo modo provare l'esistenza di una decisione criminale. Ma il legislatore indietreggiò innanzi l'ammessione della pruova testimoniale per verificare decisioni tanto importanti. Riproducendo in parte le disposizioni del codice del 3 brumajo anno IV [2], il codice d'istruzione criminale (libro 2, titolo IV, capilo VII) traccia delle regole speciali pel caso di perdita dei documenti di un giudizio in materia criminale o correzionale [3].

(*) Unif. cassazione 5 dicembre 1833. Vedi ancora Duranton, tom. 13, num. 368; Favard, *Repert.*, v. *Pruova*, § 1, num. 29; Toullier, tom. IX, num. 206 e 107.—*Il Traduttore.*

(1) Pothier *Trattato delle obbligazioni*, num. 806.

(2) Vedi questo codice, articolo 548 e seguenti.

(3) In materia di semplice polizia, le pene sono tanto poco importanti, che è ben difficile supporre la perdita della sentenza prima che l'esecuzione sia condotta al suo termine. In ogni evento, le istruzioni di questo genere non dovrebbero rinnovellarsi, e la perdita gioverebbe al condannato.

Digitized by Google

Secondo l'articolo 523 di questo codice, se non esiste più nè spedizione, nè copia autentica dell' arresto della corte di assise, ma esiste però tuttavia la dichiarazione del giurì, si procede ad un nuovo giudizio in forza di questa dichiarazione. Inoltre [articolo 523 *ibid.*], se non si può rinvenire, nè la dichiarazione del giurì, nè la sentenza, negli affari che non sono sottoposti al giurì, l'istruzione si riprenderà dal punto in cui comincia la mancanza degli atti.

Queste disposizioni costituiscono una grave derogazione alla massima non *bis in idem*, poichè esse autorizzano a giudicare nuovamente, forse *in pejus*, una causa diffinitivamente decisa. È questo, ci sempra, il solo caso in cui il legislatore stesso confonde espressamente e volontariamente la pruova col merito del dritto. I giureconsulti romani non avrebbero giammai ammesso che la mancanza di pruova di una condanna sia un motivo per ricominciare il giudizio. Se si stasse alle regole ordinarie, incomberebbe al ministero pubblico, che vuol fare eseguire la condanna, dimostrarne l'esistenza e la natura; sino a tal punto, dovrebbesi presumere la liberazione o l' assoluzione.

Tuttavia il codice dei delitti e delle pene [articolo 553] aggiungeva al sistema da esso introdotto una modificazione che rientrava un poco nel dritto comune. « Nella nuova discussione possono prodursi testimonii « tanto dall'accusatore pubblico che « dall' accusato, per rendere conto « delle circostanze e del risultato della sentenza perduta, salvo ai giurati di prestarvi quel credito che « di ragione. » Ma per quanto possa essere per se medesimo ragionevole procurare di riprodurre la sentenza, prima di cercare di rifarla, non essendo siffatta disposizione passata nel codice d'istruzione criminale, il quale non dice nulla di simile, dovrassi bene, per ubbidirsi alla legge, ricominciare la procedura come se fosse nuova, senza indagare il passato (*).

Questo sistema esorbitante si applica [codice d' istruzione criminale, articolo 521] al caso in cui non esiste nè minuta, nè spedizione di un arresto *non ancora eseguito*. Questo si deve intendere di una esecuzione consumata, che debbesi sempre presumere regolare. Ma se essa non fosse che semplicemente cominciata [il che può aver luogo per le pene diverse dalla pena di morte, che si compongono di fatti successivi], non la si potrebbe proseguire, in difetto di documenti au-

(*) Le nostre leggi di procedura pei giudizii penali hanno tolto questo gravissimo inconveniente del sistema del codice francese: presso di noi la pruova testimoniale è ammessibile. Ecco quanto prescrivesi nell'articolo 556 e seguenti della procedura penale:

Art. 556. « Quando per effetto d'incendio, d'inondazione o di qualunque altra « causa, qualche processo, sentenza, o « scrittura in materia penale fosse stata « distrutta, involata, o si fosse in altro « modo smarrita, si procederà come se« guc. »

Art. 557. « Se esiste copia legale delle « suindicate carte, la copia verrà consi« derata come originale, e sarà posta in « suo luogo. »

Art. 558. « Quando in materia penale « non esiste copia legale della carta di« strutta, involata o smarrita, verrà sup« plita per mezzo di testimonianze o di « altri atti che ne assicurino l' esistenza « precedente; e l'istruzione si riprenderà « dal punto in cui comincia la mancan« za. » — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

tentici atti a giustificare la natura e la durata della pena. Bisognerebbe in tal caso rifare una nuova istruzione, come se l'esecuzione non fosse stata cominciata. Del resto, queste parole *non eseguiti* provano che, nel pensiero della legge, trattasi di una condanna; le ordinanze di libertà e gli arresti di assoluzione si eseguono immediatamente [articolo 358]. Il giudizio adunque non può essere rinnovato se non relativamente agli accusati che si trovano nelle mani della giustizia in forza di una condanna di cui sia venuta meno la pruova; In quanto a quelli che sono detenuti per altre cause, o che sono stati messi in libertà, è ben chiaro che non si possono mettere nell'alternativa o di provare una decisione di libertà, sia provvisoria, sia assoluta, ovvero di soffrire un novello procedimento.

Scorgesi da ciò chiaramente che, sebbene l'adottato sistema può trar seco talvolta l'aggravamento di una condanna diffinitiva, pure esso non potrà rimettere sotto i colpi di un'accusa colui che è stato liberato da ogni procedimento. In ogni modo la regolarità della nostra amministrazione giudiziaria renderà avventurosamente molto rara l'applicazione di questo capitolo del codice d'istruzione criminale [1].

QUARTO MOTIVO D'ECCEZIONE

Consenso dell'avversario.

135. Dopo di avere enumerati i casi in cui vien meno l'esclusione della pruova testimoniale in materia convenzionale, dobbiamo ora esaminare il carattere di siffatta esclusione. È forse questa una di quelle regole di ordine pubblico alle quali la volontà delle parti non può derogare [codice civile, articolo 6-7]? Questa controversia, agitata sin dal secolo XVI, non è stata risoluta dai nostri codici moderni. Quindi saremmo qui tentati di dirigere al legislatore il rimprovero d'incuria che gli fa in simile circostanza d'Argentré: « Admirabile principum socordia, qui de his tamdiu patiuntur « dubitari, de quibus uno verbo con- « stituere poterant! »

L'opinione seguita altra volta dal maggior numero degli arresti consisteva nell'attenersi a quelle espressioni delle ordinanze, riprodotte dall'articolo 1341-1295 del codice: *non sarà ammessa alcuna pruova testimoniale;* per sostenere che la proibizione è precisamente diretta al giudice. Il motivo della corruzione dei testimonii è, senza fallo, inapplicabile, quando la parte contraria consente ad averli per buoni; ma l'altro motivo, il pericolo di moltiplicare le liti, esiste in tutta la sua forza: la disposizione è dunque d'ordine pubblico.

Comprendesi sino ad un certo punto questa giurisprudenza rigorosa, in un'epoca nella quale la teorica dell'ordinanza di Moulins era ancora recente e non era passata nei nostri usi giudiziarii. Ma ora che le esigenze della legge sulla pruova scritta sono divenute familiari ai litiganti, è più difficile di non iscorgere una specie di confessione dalla parte di colui che consente a lasciar sentire i testimonii.

E di vero, non debbesi perdere di vista che le convenzioni verbali sono perfettamente valide in merito, e che un principio di pruova per iscritto basterebbe per autorizzare la pruova testimoniale. Ebbene! il consenso dato in giudizio non ha egli altrettanta forza dell'indizio,

(1) Vedi tuttavia il caso citato da Legraverend, *Trattato della legislazione criminale in Francia,* capitolo XIV.

Digitized by Google

sovente ben leggiero, che si desume da un principio di pruova per iscritto? L'argomento che si trae da queste parole: *non sarà ammessa* ec. è molto debole. Non perchè il testo, nella sua redazione, si dirige ai giudici, ne deve di necessità risultare che l'ordine sia assoluto, e che sia loro vietato di ammettere la pruova anche quando la parte interessata a respingerla consentisse ad ammetterla. E d'uopo ritornare sempre alla quistione di merito. L'ordine pubblico è esso in tal caso direttamente interessato?

Senza dubio, la disposizione in disamina trae origine da considerazioni di ordine pubblico; ma non avviene forse lo stesso del principio che niuno può essere distratto dai suoi giudici naturali, principio al quale può nondimeno rinunziarsi (codice di procedura, articolo 189-263)? Perchè fosse nulla qualunque convenzione contraria, sarebbe mestieri che la legge fosse tale da non potersi abbandonare senza distruggere lo scopo che essa si proponeva, come quando trattasi dell'obbligo di redigere le convenzioni dotali prima del matrimonio. Ma qui nulla di simile. Tutto quello che l'interesse pubblico esige si è che la facoltà di opporsi alla pruova testimoniale sia sempre un'arme alla discrezione delle parti, ma non che le parti siano obbligate a servirsene. Inoltre, essendo la pruova di siffatte convenzioni dipendente sempre dalla buona fede dell'avversario, havvi poco a temere che prendasi l'abitudine di prestarvi cieca fiducia e che tali liti si rendano frequenti.

Questa opinione, già seguita da Jousse e da Duparc Poullain, scrittori tanto intelligenti e versati nella pratica, sembra prevalere nella giurisprudenza. Varii arresti di corti di appello [Bourges, 16 dicembre 1826; Rennes, 25 febrajo 1841; Bordeaux, 16 gennajo 1846] hanno deciso *in terminis* che il consenso del convenuto autorizza la pruova testimoniale [*]; e la corte di cassazione decide che la parte la quale ha prestato acquiescenza ad una sentenza interlocutoria che ordina la pruova testimoniale, non può essere ammessa ad impugnarla dopo la sentenza diffinitiva (rigetto del 1 febrajo 1832 e 31 marzo 1847). Una teorica contraria su quest'ultimo punto, teorica che è ben difficile non ammettere nel sistema dell'esclusione

(*) L'opinione adottata dal Bonnier è anche avvalorata da un recentissimo arresto del 6 marzo 1849 della corte di Bordeaux. (V. *Journal du Palais*, t. I, 1851, pag. 169), in guisa che possiamo ritenere che la giurisprudenza siasi determinata per l'ammessibilità della pruova. Un solo caso havvi di decisione contraria, e questo di data molto antica, dei 24 ventoso, an. IX, della corte di Caen.

Pero gli scrittori non sono tutti di accordo su questa quistione.

Per l'opinione del Bonnier troviamo:

Favard de Langlade, *Repert.*, v. Enquete, sez. I, § 1, num. 3; Boitard, *Lezioni di procedura*, t. 2, p. 173. Delamarre e Poitvin, *Trattato del contratto di commissione*, t. I, n. 292 (con talune distinzioni) e Duranton, tom. 13, num. 308 e 309; Demiau Crouzilhac, *Istruzione sulla procedura*; Thomines Desmazures, *Commentario del codice di procedura civile*, 1, 295; Dalloz, *Giurisprudenza generale*, v. *obbligazione*, cap. 6, sez. 2, art. 2, n. 3; Curasson, *Competenza dei giudici di pace*, 1, 15.

Per l'opinione contraria stanno:

Merlin, *Repert.*, v. Preuve, sez. 2, § 3, art. 1, n. 28; Toullier, t. 9, n. 37 e seg.; Boncenne, *Teoria della procedura*, t. 4, pag. 225; Zachariae ed i suoi annotatori Aubry e Rau tom. 5, § 761; Marcadè, sull'articolo 1348, n. 8; Poujol, sull'articolo 1341, num. 117; Rolland de Villargues, *Repert. del notar.*, v. Preuve, num. 40 e seg.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

assoluta; permetterebbe al convenuto di far le viste di ubbidire ad una pruova testimoniale frustratoria, riservandosi la facoltà d' impugnarla in caso che fosse per riuscirgli contraria, e di rimettere tutto nuovamente in esame. Or questo importa precisamente ricadere in quegl' inviluppi di procedura, che volevansi a preferenza evitare.

§ 3. *Caso in cui l' esclusione ha maggiore estensione.*

136. Se il legislatore ha soventi volte per giusti motivi fatto cessare il rigore del principio che non ammette la pruova testimoniale delle convenzioni, talvolta però egli l'ha maggiormente aggravata, respingendo assolutamente i testimonii, per quanto sia tenue il valore della lite. In tal caso rendesi evidente che egli non ha più di mira il pericolo della subornazione, ma solamente il timore della moltiplicazione delle liti.

137. In questa guisa, ai termini dell' articolo 1715–1561 del codice civile, conforme all'antica costumanza di Parigi, non si può provare con testimonii una locazione di case o di beni rustici che non siasi peranco cominciata ad eseguire. Era pur d'uopo inaridire la sorgente d'innumerevoli litigi in una materia tanto frequente. Il legislatore, aggiungendo che il giuramento può solamente essere deferito a colui che nega la locazione [lo stesso articolo 1715–1561], annunzia a sufficienza l' intenzione di non ammettere altra pruova all'infuori del giuramento, e tutto al più la confessione del convenuto: di conseguenza, debbesi respingere l'uso della pruova testimoniale, anche nel caso che vi fosse principio di pruova per iscritto [Caen, 23 marzo 1840; Rouen 18 febrajo e 19 marzo 1841 [*].

Ma potrebbersi sentire testimonii sul fatto stesso dell'esecuzione della locazione, quando questa è impugnata?

La negativa risulta, secondo noi, necessariamente dal sistema della legge; « attesocchè, dice molto bene un arresto di cassazione del 14 gennajo 1840, ammettere a provare con testimonii dei fatti considerati come principio d' esecuzione di una locazione verbale, importerebbe ammettere come conseguenza necessaria la pruova testimoniale di una locazione verbale, pruova formalmente interdetta dalla legge [**] ».

(*) Vedi per la prima di queste due decisioni il *Jour. du Palais*, t. 2, 1841, pag. 267, e per le altre due lo stesso volume, pag. 265.

Conformi al Bonnier: Duranton t. 17, n. 54; Curasson, *Competenza dei giudici di pace*, pag. 218 e 219; Troplong, *Locazione*, n. 112.

Contra Delvincourt, t. 3, pag. 187, nota 2; Duvergier, *Locazione*, t. 1, n. 267.

L'opinione del Bonnier è stata di recente seguita dalla corte suprema di Napoli, nella causa Bianco e Siro, a 30 settembre 1847. Albissini, *Giurisp. civile*, v. 4, pag. 406. —*Il Traduttore.*

(**) La giurisprudenza di Francia è uniforme a questo principio: Bordeaux, 29 novembre 1826; Bordeaux, 19 gennajo 1827; Montpellier, 1 settembre 1820; Bruxelles, 20 novembre 1810; Parigi, 6 aprile 1825; Limoges, 30 luglio 1836 (Sirey, 37, 2, 427).—Troplong è della stessa opinione; Locazione, n. 112.

La giurisprudenza del Belgio è anch'essa uniforme: Bruxelles, 9 dicembre 1826 (*Giurisprudenza* del Belgio, 1827, 1, 83); 10 settembre 1827 (*ib.*, 1828, 2, 142); cassaz. 28 marzo, 1827 (*ib.*, 1837, 2, 437).

Nel dubio se una scrittura redatta in doppio originale, e firmata dal solo conduttore, contenga obbligo o solo progetto di locazione, la gran corte civile di Napoli, a 20 settembre 1832, ha ammesso la pruova testimoniale. V. Agresti, t. 5, pag. 115.

Digitized by Google

Per quanto concerne la pruova delle clausole di un contratto di locazione di cui costa l'esistenza, bisogna distinguere tra il prezzo e le altre condizioni. In quanto al prezzo il locatore potrà provarlo col suo giuramento, salvo al fittajuolo a domandarne la stima per mezzo di periti [*ibid.*, articolo 1716-1562]. Relativamente alle altre condizioni, bisogna fare ritorno al dritto comune, e non autorizzare la pruova testimoniale se non nel caso in cui l'interesse della lite non oltrepassi cento cinquanta franchi; nel caso contrario si ricade sotto l'impero della regola che prescrive di stendere atto per qualunque convenzione.

Sebbene la giurisprudenza non sia fissata in quest'ultimo punto [*], pure sembraci che essa soffra poca difficoltà, massime ove si ponga mente che la clausola più importante, quella della durata dell'affitto, si trova supplita dalla legge (*ibid.*, articoli 1736-1582 e 1774-1620), in difetto di pruova regolare della convenzione. Non havvi dunque alcuna necessità di ricorrere alla pruova testimoniale.

Dobbiamo forse dai principii da noi stabiliti conchiudere che un proprietario il quale avesse per un certo tempo lasciato occupare la sua casa o il suo fondo, senza farsi fare alcuna scrittura, non abbia alcun mezzo onde ottenere un' indennità dall'occupante a sufficienza sfrontato da negare l'esistenza della locazione?

La difficoltà era stata preveduta e risoluta sin dai tempi di Boiceau, il quale, in questo caso, accorda al proprietario un'azione *in factum* contro l'occupante, considerato non come fittajuolo, ma come detentore della cosa altrui: « Petitio hoc modo facta, « dice egli (1), contractum non recipiet, qui testium probationem non « admitteret, ad nudam tantum et « injustam occupationem quae occupantem ex quasi-contractu, vel quasi « delicto obligasse videntur. » Questa giudiziosa decisione è stata in proseguo generalmente ammessa [1] (**). Oggi l'articolo 1382-1336 del codice civile rimpiazza l'azione *in factum* di Boiceau [Orléans, 12 febrajo 1842].

Una disposizione concepita nello stesso spirito è quella che prescrive la redazione *per iscritto* del contratto

La pruova testimoniale è ammessibile per giustificare l'eccezione della mancanza dell'uso della cosa locata, che un inquilino produce contro il suo coinquilino.—Corte suprema di giustizia di Napoli, arresto del 10 marzo 1846. V. *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1846, num. 131, pag. 215.—*Il Traduttore.*

(*) La corte di Nimes, a 14 luglio 1810, decise che poteasi provare con testimonii l'epoca in che un affitto era cominciato, e quella in cui dovea finire. L'istessa corte, a 22 maggio 1819, decise che un conduttore dovea essere ammesso a provare con testimonii che l'affitto era a colonia parziaria, non già a rendita determinata. Il contrario venne deciso dalla corte di Grenoble a 14 maggio 1825.

La giurisprudenza del Belgio è proclive all'ammessione della pruova testimoniale. Bruxelles, 7 agosto 1824 (Giur. del Belgio, 1821, 2, 165, e 24 agosto 1807. Dec. not. t. 12, p. 822, *Pasic.*, t. 2, p. 690).

Gli scrittori però sono quasi tutti per l'inammessibilità della pruova: Delvincourt, t. 3, pag. 188, nota 3; Toullier, t. 9, num. 33; Duvergier, t. 1, num. 258; Curosson, pag. 286, num. 18; Troplong, *Locazione*, num. 118.

Vedi in senso contrario Duranton, *Locazione*, num. 55. Zachariae, t. 3, p. 5, § 464 in fine, e § 763, n. 2.—*Il Traduttore.*

(1) Capitolo XIV, num. 2.

(2) Vedi Iousse, sull'ordinanza del 1667, titolo 20, articolo 4.

(**) V. Dany, add. al cap. XIV, num. 2; Legrand, *sur Troyes*, art. 161; Charondas, *Rep.*, c. 52 (cita un arresto del 13 luglio 1573); Toullier, t. 9, num. 32; Troplong, *Locazione*, num. 114.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

di transazione [codice civile, articolo 2044-1916.[*] La vera intelligenza di questa disposizione si trova indicata nel seguente tratto del rapporto fatto dal tribuno Albisson: « Dovendo la « transazione far cessare un litigio, il « farne dipendere l'effetto dalla solu- « zione di un problema sull'ammes- « sibilità o sui risultati di una pruova « testimoniale, sarebbe stato un ri- « schiare di far sorgere una lite no- « vella.» La legge ha voluto adunque escludere totalmente la pruova testimoniale: d'onde la conseguenza che questa pruova non può mai ammettersi, quand'anche il valore della lite non oltrepassi 150 franchi [Caen, 9 ventoso, anno VIII],[**]), o quand'anche siavi un principio di pruova per iscritto (Caen, 12 aprile 1845) [***].

Nondimeno la scrittura non è della sostanza della transazione; la sola pruova testimoniale è sospetta; quindi la maggior parte degli arresti [Bruxelles, 1° dicembre 1810; Nancy, 29 luglio 1837; Limoges, 6 febrajo 1845] hanno ammesso la pruova della transazione verbale per mezzo del giuramento e dell'interrogatorio sopra fati ed articoli [****]. Inoltre, questo motivo che un atto destinato a troncare qualunque contesa non dev'essere esso medesimo l'oggetto di una verificazione difficile non è men vero in materia commerciale, quindi la decisione, secondo noi, dovrebbe essere la stessa, massime che la transazione non è altro che un atto di commercio.

139. Checchè ne sia di questa quistione speciale, egli è certo che esistono dei contratti commerciali, pei quali la legge ha creduto dovere, non solamente sopprimere la latitudine ordinariamente accordata alla giurisdizione consolare, ma benanco escludere la pruova testimoniale, anche per la somma per la quale essa è per dritto comune ammessa. Così, taluni contratti marittimi, specialmente il contratto di assicurazione [codice di commercio, articolo 332-323], devono essere *redatti per iscritto*. Essendo queste espressioni quelle stesse adoperate per la transazione, è difficile che qui abbiasi voluto annettervi un significato diverso. Noi non possiamo quindi adottare l'opinione degli scrittori che considerano questi contratti come solenni, e di conseguenza ammetteremmo per essi la confessione ed il giuramento, come si ammettono per la transazione e per la locazione non eseguita. Ma nè la confessione nè il giuramento possono invocarsi in faccia ai terzi.

Finalmente, esistono taluni contratti di cui la pruova testimoniale è interdetta in faccia a' terzi solamente; è in questo senso che il contratto a cambio marittimo [*ibid.*, artic. 311-301 e 312-302] dev' essere redatto in iscritto (1).

140. Noi dobbiamo ora fermarci

(*) Unif. articolo 1867, codice per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla; articolo 949, codice della repubblica e cantone del Ticino. — *Il Traduttore.*

(**) V. nello stesso senso Troplong, *Transazione*, art. 2044, num. 29, e Zachariae, seconda parte, lib. 1, § 420, num. 2. — *Il Traduttore.*

(***) Unif. Troplong, *loc. cit.*; Zachariae, loc. cit. nota 6; Marbeau, num. 204.

V. In senso contrario Merlin, *Quist. di dritto* v. *Transaction*, § 8, num. 3, e la confutazione in Troplong. — *Il Traduttore.*

(****) Uniformi: Delvincourt, tom. 3, pagina 477; Duranton tom. 18, nom. 406, Merlin, *Quistioni di dritto*, v. *Transaction*, § 8, num. 1 e 2; Marbeau, num. 293; Zachariae, parte seconda, lib. 1, § 420, n. 2, nota 5.

V. però in senso contrario Troplong, *Trans.* num. 8, articolo 2044, num. 29, e due arresti, l'uno della corte di Montpellier, del 3 dicembre 1825, l'altro di rigetto della corte di cassazione del 7 luglio 1830. — *Il Traduttore.*

(1) In materia civile, la scrittura è del

Digitized by Google

specialmente sopra una materia di un'alta importanza pratica, sulla pruova delle società commerciali. Noi non intendiamo parlare delle associazioni in partecipazione, che la loro lieve importanza ha fatto collocare tra gli affari commerciali ordinarii, di cui la pruova testimoniale è sempre ammessibile (*ibid.* articolo 49-58). La legge non ha stabilito delle regole particolari se non per quanto concerne le altre società commerciali.

141. Il primo germe delle disposizioni del codice di commercio sulla pubblicità delle società (1) si rinviene nella legislazione del secolo XVI. Nel 1579, l'ordinanza di Blois prescrisse (articolo 357) *tra gli stranieri* che si registrassero le compagnie nei registri dei tribunali dei baili, dei siniscalchi e delle case comunali delle città. Questa prescrizione, diretta principalmente contro gl' Italiani, i quali assorbivano in quel tempo quasi tutto il commercio del regno, era stabilita anche nelle relazioni dei socii tra di loro: in mancanza di registro, essi non possono *avere azione alcuna l'uno contro l'altro* (lo stesso articolo 357).

L'articolo 414 dell'ordinanza del 1629 sottopose i nazionali allo stesso obbligo. Quando poi il commercio ricevette il suo primo codice nell'ordinanza del 1673, venne stabilito in una maniera generale che qualunque contratto di società doveva redigersi per iscritto, e che in mancanza di registro eravi nullità tanto relativamente agli associati, che relativamente ai terzi (*titolo delle società*, articolo 1 e 2).

Questo estremo rigore impedì che le disposizioni dell'ordinanza passassero nella pratica, e sin dalli 11 luglio 1680, un arresto del parlamento di Parigi ordinava l'esecuzione delle società non registrate. Quindi Pothier c'insegna (2) che le formalità di registro erano andate in disuso. Finalmente il codice commerciale ha rinnovato, questa volta con maggiore efficacia, l'ingiunzione di redigere per iscritto e di pubblicare le società di commercio [articoli 41-32 e 42-33].

142. Ma quale doveva essere la sanzione di questa regola?

Era sommamente ingiusto che avesse potuto invocarsi in faccia ai terzi la mancanza di formalità stabilite unicamente per proteggere i loro interessi. Per questa ragione i redattori del codice di commercio, conformemente alle osservazioni fatte sull'ordinanza dalla camera di commercio di Normandia, dopo avere richiesto l'osservanza di queste formalità a pena di nullità *relativamente agl'interessati*, aggiungono che la mancanza delle medesime non può dai socii opporsi ai terzi. Quindi, il principio che esige talune solennità pel riconoscimento di una società commerciale, applicasi in tutto il suo rigore, tanto quando i socii vogliono opporre ai terzi l'esistenza della società, che quando essi vogliono giovarsene gli uni rispetto agli altri: ma quando i terzi agiscono contro i socii per ragione della società, si ricade nel dritto comune in materia di commercio, cioè, nella latitudine indefinita per la pruova (*). Sarebbe a

pari richiesta relativamente ai terzi nel contratto di pegno (codice civile, articoli 2074-1944 e 2085-1955). Ma in tal caso la pruova testimoniale tra le parti resta sottoposta alla restrizione ordinaria, e la differenza non cade che sull'estenzione dell'esclusione.

(1) Su questo punto, come ancora per tutto quello che concerne la parte storica delle società civili e commerciali, può consultarsi con vantaggio *il contratto di società del signor Troplong*.

(2) *Società*, nuu. 82.

(*) V. la mia nota a pag. 98 sull'am-

Digitized by Google

sufficienza ragionevole, debbesi confessarlo, ammettere del pari, nei rapporti rispettivi dei socii, che niuno possa giovarsi di un fallo che sia comune a tutti. Sventuratamente il consiglio di Stato non tenne conto dei reclami che l'ordinanza del 1673 aveva in proposito fatto nascere, e neanco volle consentire a psofferire un'ammenda, giusta la proposta fattane. La sanzione esorbitante fu dal consiglio conservata con cognizione di causa.

Tuttavia, per una modificazione di equità, in questa ipotesi non si decide quello che si deciderebbe per un atto veramente solenne, per esempio, per un contratto di matrimonio non rivestito dell'autenticità: contratto che non produrrebbe alcun effetto nè pel passato, nè per l'avvenire. Si ritiene che sino al giorno in cui sia pronunziata la nullità, siavi stata una comunione di fatto, la quale si liquida giusta le basi convenute tra le parti [vedi arresto di rigetto del 13 giugno 1832 e di cassazione del 29 giugno 1841].

Il desiderio di eludere la conseguenze ben dure della decisione della legge avea da principio spinto la giurisprudenza più oltre ancora. Talune corti di appello [v. arresto di Grenoble del 21 luglio 1823, e di Bordeaux del 16 dicembre 1829] e la stessa corte di cassazione (v. principalmente l'arresto di rigetto del 6 giugno 1831) aveano considerato la nullità come suscettibile di essere tra' socii coverta dall'esecuzione volontaria delle convenzioni sociali. Per ammettere questo motivo d'inammessibilità, bisognerebbe non avere altro di mira che l'interesse dei membri della società; ma allora si corre rischio di provar troppo; perciocchè se non trattasi che di questo interesse rispettivo, la stessa nullità è senza scopo, perchè i socii non hanno bisogno di alcuna esterna manifestazione per essere informati della convenzione tra essi loro formata. La nullità non potè essere introdotta se non perchè la si considerò come di ordine pubblico, onde assicurare, con una sanzione energica, l'osservanza delle forme prescritte.

Dobbiamo adunque, sebbene a malincuore, fare eco alla teorica consagrata da altri arresti [v. oltre a numerosi arresti di corti di appello, arresto di rigetto del 30 gennajo 1839, e di cassazione del 31 dicembre 1844], secondo i quali la nullità non può essere coverta da una ratifica espressa o tacita [*].

Se la giurisprudenza cerca di attenuare il rigore dell'articolo 42-33 del codice di commercio, in quelle parte che concerne le relazioni dia socii tra di loro, essa però ritiene tanto favorabile la disposizione la quale vieta ai socii di giovarsi, in faccia ai terzi, dell'omissione delle formalità legali, che tende sinanco ad applicarla alle società civili. Tale si è la dottrina di un arresto di rigetto del 23 novembre 1812, secondo il quale l'articolo 1834 1706 del codice civile, il quale richiede la redazione per iscritto al di sopra di 150 franchi, non potrebbe opporsi ai terzi che avessero contratto con una società pubblicamente conosciu-

messibilità della pruova testimoniale nelle materie commerciali per le leggi del nostro regno. — *Il Traduttore.*

(*) Uuif. Cassazione, 2 luglio 1817; Parigi, 14 dicembre 1825; Lione, 4 luglio 1829; Nimes, 9 dicembre 1829; Rennes, 22 luglio 1837 (*Journal du Palais* t. 2, 1837, pag. 536); Bruxelles. 23 febbrajo 1830; Tolosa 22 aprile 1837. — V. però in senso contrario, Cassazione, 4 ottobre 1806 e 12 luglio 1825; Bruxelles, 16 gennajo 1830. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

ta, qualunque ne fosse stato il carattere.

Sebbene riesca pericoloso argomentare dal dritto speciale al dritto comune, dobbiamo convenire che in queste due ipotesi havvi identica ragione di decidere. Quando una società qualunque, quand' anco essa avesse per oggetto delle speculazioni immobiliari, come sarebbe l'intrapresa di una mina, ha funzionato durante un certo tempo alla vista ed a conoscenza di tutti, sarebbe estremamente duro sottoporre all' esibizione di un atto sociale scritto la validità delle obbligazioni da essa contratte coi terzi. Non trattasi quì di un fatto avvenuto in un istante indivisibile, come sarebbe il prestito di una somma di danaro, ma bensì di una serie di operazioni che costituiscono, relativamente alla società, una specie di possesso, che può senza pericolo essere provato contro di essa e col sostegno della pruova testimoniale (*).

143. I principii da noi sinora sviluppati relativamente alle società civili e commerciali di cui l'esistenza non è giustificata con una scrittura nella forma legale, sono anche applicabili alle *società tacite*, formate da un anno di coabitazione tra persone conviventi a *tavola comune* e che mettono in comunione i loro averi ed i loro profitti. Queste società, frequentissime nel medio evo, e che contribuirono potentemente alla liberazione dei servi, non meno che ai progressi dell'agricoltura, ricevettero un primo colpo all'epoca della promulgazione dell'ordinanza di Moulins, la quale, richiedendo la pruova scritta di tutte le convenzioni di una certa importanza, escludeva implicitamente queste associazioni tacite. Purtuttavia esse si sono conservate in talune provincie, le di cui costumanze le autorizzavano espressamente, e sinanco nei paesi di consuetudini mute. Taluni gravi scrittori, principalmente Lebrun (1), le ammettevano, per lo meno tra genti della campagna. I redattori del codice finalmente manifestarono formalmente l' intenzione di non ammettere più le società tacite, contro le quali trovasi specialmente diretta la disposizione dell'articolo 1834-1726 [1].

Oggi adunque siffatte società non possono più produrre effetto per l'avvenire, poichè è cessato l' accordo unanime che le conservava. Ma pel passato, il regolamento deve aver luogo a norma delle convenzioni tacite delle parti, e, a quest' oggetto, la pruova testimoniale è ammessibile, perciocchè le associazioni di questa importanza, quali esse sono tuttora usate, principalmente nella Franca-Contea, portan seco una specie di possesso, il quale, noi lo ripetiamo, può essere provato, senza incorrere il pericolo della subornazione dei testimonii.

SECONDA DIVISIONE

Restrizioni speciali in materia di quistioni di stato.

144. Noi abbiamo detto che oltre all' esclusione della pruova testimoniale in materia convenzionale, che rimonta all' ordinanza di Moulins, esistono nel nostro dritto, in mate-

(*) Questa è ancora l'opinione di Troplong, *Transazione*, art. 1834, num. 210, e di Duvergier, num. 77. — *Il Traduttore.*

(1) *Trattato delle comunioni tacite*, in continuazione del suo *Trattato della comunione.*

(2) V. l'esposizione dei motivi del titolo delle società ed il discorso dell' Oratore del tribunato.

Digitized by Google

ria di quistioni di stato, delle esclusioni attinte in motivi un poco diversi, e di cui la natura e l'estensione sono tutt'altro che simili. Queste esclusioni non sono conseguenze di quella pronunziata dall'ordinanza di Moulins; esse derivano in generale da decisioni posteriori, e talune sinanco dal codice civile solamente.

145. Sebbene in Roma la tenuta dei registri regolari, almeno per le nascite, fosse prescritta a cominciare dal regno di Marco Aurelio [1], sembra nonpertanto certo che si ammetteva sempre la libertà indefinita della pruova testimoniale in materia di stato: « si vicinis, vel aliis scientibus, dice l'imperatore Probo, uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptae filiae, suam habet potestatem [2]. »

Gli atti dei quali parlasi in questo testo, *tabulae*, chiamate anche talvolta *professiones parentum* [3], non erano altra cosa che i registri domestici. Una sola derogazione a questa estrema latitudine sembra che si fosse introdotta per quanto concerne l'ingenuità, la quale era dai romani tenuta in gran conto [4], nello stesso modo in cui attualmente esiste in America un pregiudizio radicato nei costumi contro gli *uomini di colore*: la pruova orale non era sufficiente per istabilire lo stato d'ingenuo. «Si tibi controversia ingenuitatis fiat, diceva Alessandro Severo [5], defende causam tuam instrumentis, et argomentis, quibus potes. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt (6). »

146. Nel nostro dritto moderno, quando si stabilirono regole fisse per determinare lo stato delle persone, la pruova testimoniale fu esclusa, non già bruscamente, come aveva fatto per le convenzioni l'ordinanza di Moulins, ma successivamente, parzialmente, e con numerose distinzioni, secondo la natura dei casi. L'uso di provare per iscritto le nascite, i matrimonii e le morti [7] fu preso in prestito dalle prescrizioni della Chiesa cattolica, stabilite per provare l'amministrazione dei sagramenti, e poscia adattate ai bisogni della società civile. Si rinvengono delle traccie di quest'uso in san Gregorio di Nissa ed in sant'Agostino.

Nel secolo XVI, quando già varii sinodi si erano sforzati di mettere in regola la tenuta dei registri pei curati, l'autorità civile si appropriò, in certo modo, l'instituzione canonica, onde far prevalere la pruova scritta sulla pruova testimoniale. Le ordinanze di Villers-Cotterets [articolo 50 e seg.], nel 1539, e di

(1) V. Giulio Capitolino, vita da Marco Aurelio § 9.

(2) Leg. 9, codice *de nuptiis*.

(3) Celso, l. 13; Terenzio Clemente, l. 16; Scevola, l. 29, § 1, *Dig. de probat.*

(4) V. nel Digesto il titolo *de collusione detegenda*.

(5) Leg. 2, codice *de testibus*.

(6) I registri istituiti da Marco Aurelio riferivansi precipuamente alle quistioni di libertà e d'ingenuità, *ut si forte aliquis*, dice Giulio Capitolino (loc. cit.) *causam liberalem diceret, testationes inde fierent*. I registri del censo dovettero anche essere adoperati a questo scopo, poichè davasi anche la libertà *censu*. Ma è noto che i censimenti in prosieguo non si operavano che a lunghi intervalli, e caddero interamente in disuso dopo Decio.

(7) Riuscirà utile consultare il curioso lavoro del signor Loir *sullo stato religioso e civile dei cattolici in Francia prima* del 1792 (*Rivista di dritto francese e straniero*, tom. VI, pag. 701.)

Digitized by Google

Blois (articolo 181), nel 1579, prescrissero la menzione dell'ora della nascita al pari di quella della morte, ed ordinarono ai curati di depositare i loro registri presso i tribunali dei baili e dei siniscalchi. Ma queste ordinanze furono molto male osservate: la menzione dell'ora della nascita non si trova nei registri di Parigi se non dopo il 1668, ed i depositi degli atti nelle curie reali, sebbene comandata dall'ordinanza del 1667, non fu diffinitivamente organizzato che da quella del 9 aprile 1736.

Per quanto concerne i protestanti, l'editto di novembre 1787 fu il primo che permettesse di provare regolarmente il loro stato civile. Finalmente la legge del 20 novembre 1792 stabilì un modo uniforme di atti, redatti da un'autorità puramente civile, per la pruova delle nascite, matrimonii, e morti. Il codice non ha fatto altro che riprodurre questa legge con talune modificazioni.

147. Per evitare qualsivoglia confusione sull' assunto, è necessario trattare partitamente, prima la nascita e la morte, che sono semplici fatti, indi il matrimonio e la filiazione, che costituiscono delle relazioni sociali. Comprendesi agevolmente che la legge ha dovuto essere più indulgente per la prima specie di fatti anzicchè per la seconda, che si riferisce alle quistioni di stato propriamente dette. Vedremo in prosieguo che, anche per queste ultime quistioni, la pruova poggia sopra principii affatto diversi, secondo che trattasi di matrimonio o di filiazione.

§ 1. *Nascite e morti*

148. Sebbene gli atti dello stato civile siano i mezzi regolari di provare la nascita e la morte, pure non era possibile richiedere in un modo assoluto l' esistenza di uno scritto per provare fatti così poco complessi (noi lasciamo da canto tutto quello che concerne la filiazione). Noi vedremo che i testimonii possono in generale essere intesi nelle diverse circostanze in cui gli atti di nascita o di morte vengono a mancare, sia perchè i registri siansi smarriti, sia perchè non se ne siano tenuti, sia ancora perchè siasi omesso di menzionarvi i fatti in questione.

149. Il caso di smarrimento dei registri rientra nell'ipotesi più generale della perdita del titolo. Ammettendo in tal caso la pruova testimoniale, come ancora quella delle carte domestiche, l' articolo 46-48 del codice civile non fa che applicare il principio il quale, attesa la necessità, autorizza, per mezzo della *pruova* testimoniale, la riproduzione del contenuto di un atto distrutto per forza maggiore, quand'anche esso fosse solenne. La perdita dei registri, sufficientemente rara nei tempi moderni, si è avverata in Soissons, nel 1814, a cagione degli avvenimenti della guerra, e la ricomposizione di essi venne eseguita in virtù di un'ordinanza del 6 gennajo 1825 [1]. La dottrina e la giurisprudenza sono poi di accordo nell'assimilare alla perdita totale dei registi quella della parte nella quale doveva trovarsi l'atto destinato a servire di pruova.

(1) A Napoli, un decreto del 16 agosto 1815 ha introdotto in simili casi, per la nuova formazione dei registri, talune precauzioni utili, creando per questo lavoro una commessione la quale pubblica delle liste che vengono affisse per lo spazio di due mesi, e sottoposte in tal guisa all'esame degl'interessati (*).

(*) Il decreto accennato dall' Autore, quello stesso indicato nell'articolo 48 delle leggi civili, nella collezione delle leggi e

Digitized by Google

150. Allorquando non siano esistiti registri, si giunge alla medesima soluzione [lo testo articolo 46-48] per un altro motivo, cioè, perchè vi è stata impossibilità di stendere atto del fatto, quando questo ha luogo. L'impossibilità sarà fisica, quando siano state interrotte le comunicazioni, per esempio, nel caso d'inondazione. Essa sarà a dir vero, morale, quando siavi stata negligenza da parte degli uffiziali che non hanno tenuto registri; ma non può pretendersi che le parti intentino una li-

decreti porta per errore la data del 10 agosto 1815 e la pubblicazione al 26 dello stesso mese, esso è così concepito:

« Art. 1. In caso di dispersione, o distruzione de' registri dello stato civile, o di una parte di essi, i libri parrocchiali faranno fede provvisoriamente fino a che non si sarà supplito a' primi nel modo indicato nel presente decreto. »

« 2. Quante volte un doppio de' registri dispersi o distrutti esista, sia nell'archivio del tribunale di prima istanza, sia in un archivio comunale, ne sarà estratta una copia, la quale servirà a rimpiazzare i registri mancanti. Quando le copie si estrarranno dall' archivio del tribunale di prima istanza, dovranno essere collazionate dal presidente del tribunale, dal procuratore regio e dal cancelliere, e firmate inoltre ad ogni foglio dal solo presidente. Quando si estrarranno da un archivio comunale, dovranno essere collazionate dal sindaco, dal cancelliere e dal giudice di pace del circondario, il quale dovrà inoltre firmarle ad ogni foglio. »

« 3. Laddove i detti registri manchino assolutamenve, vi sarà supplito da una commessione comunale composta dal sindaco, dal giudice di pace o da un supplente, dal parroco e da due tra' più anziani del comune scelti da' tre primi, ed assistita dal cancelliere comunale, che si formerà in caso di bisogno a cura dell'Intendente della provincia. »

« 4. La commessione formerà quattro liste, una per le nascite, un' altra pe' matrimonii, una per le morti, l'ultima per gli atti diversi. »

« Ciascuna di queste liste conterrà, secondo l'ordine cronologico, il più che sarà possibile, le date delle nascite, de' matrimonii, delle morti, e di ogni altro atto, i nomi, i cognomi, la professione ed il domicilio degl' individui cui riguardano, e de' loro padri e madri. »

« 5. La commessione nel comporre le liste tirerà le notizie da' libri parrocchiali, da' registri e carte pubbliche, o di famiglia, da dichiarazioni de' parenti. Dalla combinazione di questi e di altri schiarimenti che la commessione potrà raccogliere, essa dovrà acquistare quella certezza morale che è necessaria a garentire l'esattezza delle liste. »

« 6. Le liste così formate saranno affisse, dopo l'emanazione de' bandi ne' luoghi consueti, per lo spazio di due mesi, tanto nel comune al luogo delle pubblicazioni de' matrimonii, quanto nella capitale della provincia nella sala di udienza del tribunale di prima istanza. Durante il tempo dell'affissione è permesso a chiunque di produrre opposizione contro le liste. Le opposizioni dovranno essere presentate in iscritto innanzi alla commessione, la quale, presi gli schiarimenti che giudicherà opportuni, dovrà discuterle e definirle anche in iscritto. »

« 7. Scorso il termine per le opposizioni, le liste verranno rimesse al tribunale di prima istanza della provincia unitamente alle carte sulle opposizioni, ove ne sieno. Il tribunale, inteso il procuratore regio e gli opponenti, se ne compariscono, pronunzierà definitivamente ed inappellabilmente sulle opposizioni prodotte, ed omologherà e dichiarerà esecutive le liste, le quali in seguito terranno luogo di registri dello stato civile. Gli originali rimarranno depositati nell'archivio del tribunale, e le copie autentiche colla firma del presidente, munite del suggello del tribunale, saranno depositate nell'archivio comunale. »

Le norme stabilite da questo decreto sono applicabili unicamente al caso di dispersione o di mancanza assoluta dei registri, non mai al caso di omessione nei registri esistenti dello stato civile.

Arresto della corte suprema di giustizia di Napoli, in linea di regolamento di giudici, del 20 dicembre 1845, v. codice col supplimento, suppl. pag. 31.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

te a tali uffiziali, per metterli in mora d'eseguire la legge.

151. Finalmente il caso più delicato è quello in cui siasi omesso di far menzione della nascita o della morte sui registri che non offrono altronde alcuna traccia di distruzione o di alterazione parziale. Qui, senza dubio, se fossimo sotto l'impero della regola dell' articolo 1341-1295, dovrebbesi decidere che potè stendersi atto, e che di conseguenza i testimonii non potrebbero essere ammessi. Invocasi inoltre in questo senso l' argomento *a contrario*, tratto dall'articolo 46-48, il quale non prevede altro che i casi di smarrimento e di non esistenza dei registri. Traesi anche un altro argomento della stessa natura dall' articolo 19 del decreto del 3 gennaro 1813, il quale, per gli accidenti avvenuti nello scavamento di una mina, autorizza eccezionalmente la redazione dell'atto, senza bisogno della presentazione dell'individuo.

Ma tali ragionamenti non hanno alcuna efficacia se si riflette bene all'idea che la pruova testimoniale è di dritto comune, quando non trattisi di convenzioni, ma di fatti dell'ordine della natura (1). In conseguenza l'articolo 1341-1295 dev'essere escluso; l' articolo 46-48 non è affatto limitativo, poichè esso non costituisce un favore della legge, ma una deduzione forzosa dei principii generali; e bisogna dire altrettanto del decreto del 1813, il quale somministra semplicemente un mezzo di mettere in regola la pruova della morte. Noi ammetteremo adunque, colla giurisprudenza, che si può supplire anche alle omessioni degli atti dello stato civile. Ma in tal caso, per determinare i fatti, sarà necessario un esame speciale di testimonii, ordinato dal tribunale e diretto da uno dei suoi membri.

Debbono considerarsi come concessioni assolutamente eccezionali, introdotte nell'interesse del matrimonio, tanto la fede accordata ad un atto di notorietà, redatto dal giudice di pace, sulla dichiarazione di sette testimonii, onde rimpiazzare l' atto di nascita del futuro sposo [codice civile articolo 70-72 e seguenti]; tanto la facoltà di supplire, per mezzo di una dichiarazione giurata delle parti e dei testimonii, all' atto di morte di un ascendente di cui ignorasi l' ultimo domicilio (parere del consiglio di Stato del 4 termidoro anno XIII) (*).

In senso inverso esiste un parere del 17 germinale anno XIII, il quale non permette alle vedove dei militari di passare a seconde nozze se non presentando l'atto di morte dei loro mariti. Dovremo forse scorgere in questo, come si ritiene generalmente, una restrizione speciale, destinata a prevenire il pericolo di bigamia, ed applicabile in conseguenza anche alle mogli di non militari?

Osserviamo primieramente che non trattasi di un articolo di legge, ma di una interpretazione, di cui l'autorità non può spingersi al di là della quistione proposta. Aggiungiamo, per ben circoscrivere il terreno della controversia, che questo parere è unicamente applicabile al caso di omissione sui registri; perciocchè se

(1) « L'ordinanza, diceva l'avvocato generale Gilbert des Voisins, non si spiega nelle materie di stato come nelle materie di convenzioni. Relativamente a queste essa si avvale di termini imperativi, proibitivi; nelle quistioni di stato, nulla di simile. »

(*) V. in questo senso, presso di noi, il decreto del 22 aprile 1807. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

si trattasse di smarrimento, di non esistenza, o di tenuta irregolare, la legge del 13 gennajo 1817 (articolo 5), la quale non istituisce, egli è vero, se non sulle guerre della rivoluzione e dell'impero, ma che stabilisce senza dubio un principio generale sulla materia, autorizza l'ammessione della pruova testimoniale della morte dei militari, in conformità dell' articolo 46-48 del codice civile. Or in questa legge si fa menzione della sposa [articolo 1°], al pari che degli altri eredi.

Limitata al caso di omessione sui registri, la decisione del consiglio di Stato relativamente ai militari viene giustificata da ragioni particolari. Il gran numero di morti che si avverano simultaneamente in guerra, dà grandissima occasione ad errori sull'identità [1]. La mancanza d'iscrizione, quando siansi tenuti registri regolari, permette sempre di muovere dubii sull' esattezza del fatto, e questi dubii debbono essere sufficienti per impedire le seconde nozze. Il pericolo è minore per le morti ordinarie, nelle quali le circostanze possono essere tali da non lasciare ombra di dubio sull' identità. Non può dunque argomentarsi *a pari* dall'avviso del 17 germinale anno XIII. In mancanza di testo proibitivo, i tribunali possono autorizzare un secondo matrimonio, quando il fatto della morte risulti da testimonianze precise e concordanti. La loro decisione su questo punto non potrebbe, a nostro avviso, costituire tutto al più che un mal giudicato; ma comprendesi bene che essi debbono usare con sobrietà di un potere tanto delicato.

(1) Per questa ragione il codice civile (articolo 96-101) richiede tre testimonii per gli atti di morte redatti all'armata.

BONNIER

§ 2. *Matrimonio.*

152. Quando non si tratta di un fatto di una natura tale che si compia in un dato istante, come la nascita e la morte, ma di una relazione che è destinata a perpetuarsi, come il matrimonio e la filiazione, si rinvengono [indipendentemente dall'atto] due vie ben distinte per giungere alla pruova. L'una consiste nello stabilire direttamente il fatto generatore della relazione, la celebrazione del matrimonio, la paternità e la maternità; l'altra nel determinare direttamente questa stessa relazione, riunendo i fatti che la rendono verosimile, e facendone, per così dire, un fascio, onde verificare il dritto per mezzo dell'esercizio del dritto, la proprietà per mezzo del possesso. Questo è quello che vien detto *possesso di stato*, mentre nel primo modo addimostrasi direttamente, in certa guisa, la proprietà di questo medesimo stato. Il merito rispettivo di questi due generi di pruova differisce essenzialmente a misura che trattasi del matrimonio o della filiazione, che noi sporremo successivamente. Noi daremo del resto un esatto conto di questa differenza di soluzioni.

153. Il matrimonio, di che in questo punto ci occupiamo, era sovente in Roma verificato per mezzo del possesso. Infatti, noi sappiamo che non richiedevasi alcuna convenzione solenne, con tale o tal' altra formalità, e che l'*uxor* non distinguevasi dalla concubina se non per la natura più marcata dell'affezione che le si addimostrava. Quando adunque non potevansi giustificare cerimonie speciali (nuptiae), ammettevansi le posteriori indagini della volontà delle parti nel carattere che presentava la loro unione agli oc-

Digitized by Google

chi della società, si analizzavano gli effetti per rimontare alle cause

Nel medio evo, il dritto canonico, che regolava le condizioni del matrimonio, permetteva di contrarlo *per parole di presente (verba de praesenti)* [1], le quali non richiedevano alcuna cerimonia particolare. La benedizione nuziale non era richiesta se non pel sagramento, e lo stesso matrimonio degl' infedeli non avea bisogno d'essere rinnovato quando essi entravano nel seno della Chiesa. Tale è la dottrina precisa di san Tommaso di Aquinò.

Siccome però non era possibile di affidarsi unicamente alla memoria di coloro che aveano inteso le parole di presente, dovevasi ancora sovente, in tal'epoca, provare la legittimità dell'unione per la natura delle relazioni delle persone che si erano sempre trattate, ed eransi sempre considerate come marito e moglie. Questa teorica era ancora in pieno vigore dopo la promulgazione dell'ordinanza di Moulins; perciocchè, sebbene il matrimonio riposi sopra una convenzione, pure esso è stato sempre sottoposto a regole speciali. Boiceau (2) ammette anche indefinitamente i testimonii, tanto quando trattasi di pruova diretta, *quum Cajus, praesentibus et consentientibus parentibus et vicinis, accepit Cajam in uxorem;* che quando trattasi della pruova indiretta, *quum publice tenuit eam et aluit in uxorem, vicinis scientibus* [3]. Si fu il concilio di Trento che nella sua ventesimaquarta sessione, pronunziò la nullità delle unioni clandestine, ingiungendo alle parti di contrarre matrimonio *praesente parocho et duobus vel tribus testibus.* Questo decreto non fu ricevuto in Francia, perchè esso usurpava la competenza del potere secolare; ma le disposizioni di esso furono riprodotte nelle ordinanze dei nostri re [*].

Il documento più importante in questa materia si è l'ordinanza del 1639 [articolo 7], la quale rinnovava e completava taluni regolamenti anteriori male eseguiti, principalmente l'articolo 40 dell'ordinanza di Blois del 1579. In essa fu vietato ad ogni giudice di ammettere la pruova testimoniale di promesse fatte per parole di presente innanzi i parenti ed amici, ed ingiunge di stendere atto della celebrazione fatta pubblicamente in faccia alla chiesa.

Per quanto concerne la pruova

(1) In opposizione alle parole di futuro, che contenevano unicamente promessa di matrimonio.

(2) Parte prima, capitolo IV.

(3) Essendo le quistioni di matrimonio decise in quei tempi dalle officialità, Boiceau aggiunge (*loco citato*): « Quid ab« surdius esset, si id quod a judicibus « ecclesiasticis sacramentum esse conten« ditur, seu res sacramentalis et mystica, « non nisi scriptis et tabellionibus adhi« bitis confecere liceret? »

(*) La pretesa usurpazione di competenza svanisce ove si rifletta che il Concilio non istabilì canoni se non relativamente al matrimonio considerato come sagramento.

Le nostre leggi infatti hanno distinto nel matrimonio il sagramento dal contratto civile, il primo può stare senza dell'altro (articolo 189), e viceversa (articolo 191). Quindi negli articoli 150 e 151 delle leggi civili dichiarasi che: « La legge limita le sue disposizioni, riguardo al matrimonio, agli effetti civili solamente.

« Art. 151. Sotto questo solo aspetto essa regola la qualità e le condizioni dei contraenti; determina la formalità che preceder debbono la celebrazione, la loro validità, i loro dritti, i doveri e gli effetti cicili che ne risultano. Lascia intatti i doveri che la relazione impone, senza apportarvi alterazione o cambiamento alcuno. » —*Il Traduttore.*

Digitized by Google

tratta dal possesso di stato, dicevasi, egli è vero, in generale [1], che dal momento in cui il consenso sfornito delle formalità richieste non poteva più costituire una unione legale, questo possesso, spogliato da qualunque altro amminicolo, era piuttosto la pruova dell'incontinenza e dello scandalo, anzicchè quella di un matrimonio contratto; ma purnondimeno, in talune circostanze meritevoli di special favore, facevasi talvolta ritorno all'antica teorica [2]. Così un arresto del parlamento di Parigi del 7 gennaro 1776 riconobbe in una donna che non poteva produrre atto di celebrazione, la qualità di vedova di un procuratore, avuto riguardo ad un possesso di stato di trentanove anni. Inoltre, e indipendentemente dalla disposizione dell'ordinanza del 1667 (3) che autorizzava la pruova testimoniale in caso di perdita o di non esistenza dei registri, come l'autorizza oggi l'articolo 46-48 del codice civile in caso di perdita o di non esistenza dei registri, riguardavasi il possesso di stato o un principio di pruova per iscritto, come basi sufficienti per autorizzare la pruova testimoniale[4].

154. Oggi non può più disputarsi di *parole di presente*, che sono divenute completamente estranee ai nostri costumi. Il possesso di stato, in un'epoca in cui l'agglomerazione della popolazione nelle grandi città è tanto considerevole, e dove riesce tanto agevole cambiar dimora, aprirebbe un vasto campo alla frode.

Del resto, non far più produrre a questo possesso gli effetti che esso produceva un tempo, non importa, propriamente parlando, introdurre una restrizione all'ammessibilità della pruova testimoniale. Oggi, come altravolta, si possono benissimo, per mezzo della pruova testimoniale, dimostrare le relazioni conjugali che esistono tra due persone. Quello che si contrasta si è che queste stesse relazioni debbano far presumere un matrimonio regolare. I testimonii possono sempre provare i fatti; ma i fatti non sono più concludenti agli occhi della legge: *Frustra probatur quod probatum non relevat.* « Il possesso di stato, dice l'articolo 190 « [sopp.] del codice, non potrà dispensare i pretesi sposi che l'invocheranno rispettivamente dal produrre « l'atto di celebrazione del matrimonio innanzi all'uffiziale dello stato « civile. »

E di vero, è ben difficile ammettere che il preteso conjuge che agisce contro dell'altro, non possa ricordarsi del luogo in cui il matrimonio sia stato contratto. Che egli l'indichi, e salvo il caso di accidente, la verificazione riuscirà facile. È questo il vizio fondamentale del possesso di stato, quando esistono registri in buona forma. Ed è a notarsi che nella causa del 1679, la pretesa vedova aveva indicato il luogo e la data del suo matrimonio, e che, fatta la verificazione sul registro della parrocchia indicata, non si rinvenne alcuna traccia di un matrimonio celebrato all'epoca indicata tra le parti (5). Quindi è

(1) Vedi Danty sopra Boiceau, *loc cit.*

(2) La giurisprudenza dei parlamenti nell'ultimo secolo ammise sinanco, in un modo generale, la pruova per possesso di stato dei matrimoni protestanti, pei quali non erasi stabilita alcuna forma, e che erano stati, secondo il linguaggio del tempo, *celebrati nel deserto*. Questa giurisprudenza era fondata sopra una specie di necessità sociale, perciocchè eranvi nel 1740, come ci riferisce Elia di Beaumont, più di *quattrocentomila* matrimonii di questa natura.

(3) Titolo XX, articolo 17.

(4) Vedi Danty, *loc. cit.*

(5) Debbesi nondimeno notare, in so-

Digitized by Google

molto probabile che il possesso di stato di trentanove anni non era altro che una frode scaltramente prolungata.

Lo stesso motivo non potrebbe invocarsi relativamente ai figli che possono benissimo ignorare il luogo in cui i loro genitori hanno contratto matrimonio (1). Essi quindi possono giovarsi del possesso di stato dei loro genitori, per provare la loro legittimità, qualora la loro pretesa non venga in opposizione col loro atto di nascita (2) [codice civile, articolo 197-190]. Ma, per questo, è necessario che gli sposi siano morti, o per lo meno [perocchè debbesi interpetrar la legge in modo che sia ragionevole] assenti o incapaci di manifestare i loro pensieri. Quando un di essi è vivente e capace, debbesi interrogarlo sul luogo della celebrazione. Non debbesi neanco far distinzione nel caso che quest' ultimo abbia un interesse contrario a quello di suo figlio. Il legislatore non potè supporre che un padre, mercè una reticenza fraudolenta, voglia far discendere un figlio legittimo al rango di bastardo (v. in questo senso un arresto di Tolosa del 24 luglio 1826).

155. Per quanto concerne la pruova diretta per testimonii della celebrazione pubblica del matrimonio, non abbiamo cosa da aggiungere a quanto abbiamo detto pel caso di perdita dei registri, parlando delle nascite e delle morti. Potrebbe forse dubitarsi dell'ammessibilità di questa pruova, quando non siano stati tenuti registri. Potrebbe dirsi che, non essendo il matrimonio un fatto dell'ordine della natura, ma un atto vincolato a talune forme, mancando queste forme, non esiste assolutamente nulla: in quella guisa che sarebbe impossibile fare un contratto di matrimonio in un luogo ove non vi fosse notaro.

Ma questa opinione rigorosa sarebbe contraria all' articolo 46-48 del codice, del pari che all'articolo corrispondente dell' ordinanza del 1667. Non si può imputare alla parti di essersi conformati alla pratica degli ufficiali civili del loro comune, salva la responsabilità di questi ufficiali. Altronde il matrimonio non è un contratto letterale; la sua essenza non è riposta nell'atto scritto, ma nel consenso pubblicamente dato innanzi all'uffiziale competente (*ibid.* articolo 165-175]. Questo rilevasi dal testo dell'articolo 75-77 del codice, nel quale veggiamo che l'uffiziale pronunzia che le parti *sono congiunte in matrimonio* [*], indi ne

stegno della decisione del parlamento di Parigi, che i registri non erano tenuti ben regolarmente nell'antico sistema. (n. 146).

(1) Noi non ci occuperamo qui dell'altro effetto del possesso di stato (*ibid.*, articolo 196), il quale consiste nel rendere gli sposi inammessibili a domandare la nullità di un atto irregolare, non corroborato da siffatto possesso. Non trattasi più in tal caso di un modo di pruova, perciocchè l'irregolarità non è affatto dubia, ma di una inammessibilità contro la domanda di nullità per vizio di forma, in quella guisa che la coabitazione per lo spazio di sei mesi è un mezzo d'inammessibilità contro la domanda di rescissione del consenso per errore o per violenza (*ibid.* articolo 181).

(2) Il figlio non è obbligato a produrre il suo atto di nascita, onde provare che quest' atto non viene in opposizione col possesso di stato, perciocchè il luogo della sua nascita può essere a lui sconosciuto al pari di quello del matrimonio dei suoi genitori. Spetta agli avversarii a produrre quest'atto, se vi ha luogo.—Agen, 18 maggio 1842; Tolosa, 4 luglio 1843.

(*) Presso di noi, ove il matrimonio non può ritenersi civilmente contratto se non dopo essere stato celebrato in faccia alla chiesa e secondo le forme del Concilio di Trento (art. 67 e 80), l'articolo 75

Digitized by Google

stende atto; il che indica bene che l'atto non serve che per la pruova; e tale erasi ancora la dottrina di Pothier [1].

Il dubio sarebbe ancora minore nel caso che il matrimonio fosse contratto all'estero, in un paese ove non si tengono registri regolari. Per tal modo, prendendo principalmente per base il possesso di stato, furono dichiarati validi i matrimonii contratti durante la spedizione d'Egitto dai generali francesi con donne del paese, sebbene non se ne apprestasse alcuna pruova scritta [v. rigetto delli 8 giugno e 7 settembre 1809; Parigi 9 agosto 1813]. E se i nostri tribunali ricusarono d'ammettere un matrimonio che pretendevasi essersi contratto in Pensilvania, paese in cui il possesso di stato è ammesso, ciò è avvenuto perchè, nella specie, essi non riconobbero un possesso di stato sufficiente [rigetto, 20 dicembre 1811].

Ma se ci collochiamo fuori dei termini dell'articolo 46-48, val quanto dire se esistono registri regolarmente tenuti, senza alterazione apparente, non è possibile ammettere in tal caso la pruova per testimonii, come abbiamo fatto per le nascite e per le morti. « Niuno può reclamare il ti« tolo di sposo e gli effetti civili del « matrimonio, dice l'articolo 194 (sop.) « del codice civile, se non presenta un « atto di celebrazione iscritto sul re« gistro dello stato civile, salvo il « caso preveduto dall'articolo 46-48».

Quest'articolo 194 ha evidentemente per iscopo di escludere la pruova testimoniale, quante volte non si può provare la perdita o la non esistenza dei registri. Questa decisione è in armonia con quello che la legge stabilisce in materia di convenzioni ordinarie. Quando esiste un registro regolare, le parti debbono vegliare onde la loro unione vi si trovi dichiarata; mentre per le nascite e per le morti, le persone che hanno interesse a provarle non sono, per la maggior parte, quelle stesse che aveano l'obbligo di fare la dichiarazione (2).

Nè si dica che noi siamo qui in contradizione con quello che poco fa cennammo, che la scrittura non è dell'essenza del matrimonio. Egli è ben vero che la pronunziazione solenne potè aver luogo, e potè quindi essersi contratto il matrimonio; così quando senza scrittura si è trattato di un valore al di sopra di 150 franchi, havvi un contratto; ma sì nell'uno che nell'altro caso i testimonii non possono essere intesi: *non jus deficit, sed probatio.*

È nello stesso modo difficile l'ammettere, colla corte di Bruxelles (arresto del 20 gennajo 1807), che possa essere deferito il giuramento sull'esistenza del matrimonio, come su quella della convenzione eccedente la somma legale. Noi saremo del pari più rigorosi dell'antica giurisprudenza, non attribuendo alcuna efficacia al principio di pruova per iscritto, onde autorizzare la pruova testimoniale

del codice francese è modificato nel senso che l'uffiziale dello stato civile non pronunzia l'unione degli sposi in matrimonio, ma si limita a ricevere la loro dichiarazione che solennemente promettono celebrare matrimonio innanzi la Chiesa e secondo le forme del Concilio di Trento (articolo 77).—*Il Traduttore.*

(1) Contratto di matrimonio, num. 378.

(2) In questa guisa noi non veggiamo nulla di contrario alla nostra teorica in un arresto di rigetto del 22 agosto 1831, il quale ammette i discendenti a provare, per una serie di documenti concordanti, il matrimonio delle persone dalle quali si dicono provenienti, in mancanza della produzione dell'atto di matrimonio. Questi discendenti possono benissimo ignorare il luogo della celebrazione, ed i documenti prodotti equivalgono allora, in favor loro, al possesso di stato di cui parla l'art. 197-190 del codice civile.

Digitized by Google

della celebrazione. Nulla di simile qui a quanto prescrivesi dall'articolo 1347-1301 del codice, e in materia di filiazione dall' articolo 324-246: articoli che hanno cura di definire i caratteri del principio di pruova per iscritto, i quali variano secondo l'oggetto della pruova. Lo spirito della legge si è di escludere totalmente i testimonii quando non siavi stata impossibilità, almeno morale, di fare stendere atto.

156. Un'ultima quistione, che noi, sebbene essa si leghi piuttosto alla forma dell'atto, tratteremo qui, onde non iscindere quanto concerne la pruova del matrimonio, si è quella di sapere se un foglio volante, firmato dalle parti e dall'uffiziale pubblico, possa talvolta far fede presso i tribunali.

La negativa, la quale è quasi generalmente adottata, fondasi sui termini medesimi dell'articolo 194: se esso non presenta un atto di celebrazione *iscritto sul registro dello stato civile*. Comparando, si dice, quest'articolo colla dichiarazione del 1736, articolo 9 (1), che profferiva in simil caso la perdita di tutti i lucri stipulati nel contratto dotale, e sinanco, se eravi luogo, la privazione degli effetti civili, debbesi riconoscere che il legislatore non ha fatto altro che rendere più severa una sanzione già esistente contro un'infrazione tanto pericolosa alla sicurezza delle famiglie.

Ma è egli ben certo che tutta la forza dell'articolo 194 poggi su queste parole: *iscritto sul registro dello stato civile*? Neanco una parola nella discussione del consiglio di Stato su quest'articolo si riferisce alla quistione dei fogli volanti, o alla dichiarazione del 1735. E se noi leggiamo l'esposizione dei motivi di Portalis, ecco quanto vi ritroviamo in proposito: « Prima dell'ordinanza di Blois ammettevansi i matrimonii presunti. Quest' abuso è cessato: è necessario un titolo scritto, attestato da testimonii e dall' uffiziale pubblico designato dalla legge. La pruova testimoniale e gli altri generi di pruova non sono ammessi se non nei casi previsti dalla legge sugli atti dello stato civile, e sotto le condizioni prescritte da questa legge Nessun possesso potrebbe dispensare dal produrre il titolo. » Evidentemente il pensiero del legislatore si riporta ai generi di pruova che differiscono dalla pruova scritta, e non mai a tale o tal'altra forma di scrittura.

Oggi che ritengonsi generalmente come poco favorabili le domande di nullità di matrimonio per difetto di forme, e che ritiensi capace a validare la celebrazione una pubblicità moralmente bastevole, non vi sarebbe forse inconseguenza a respingere assolutamente la pruova del matrimonio, per la ragione che l'atto invocato non faceva parte di un registro? Non converrebbe forse in questo caso, come per le forme del matrimonio (e qui la pruova si lega intimamente alla forma), lasciare al tribunale un potere discrezionale?

Tale sembra essere stato il pensiero dei redattori del codice penale, i quali non puniscono se non con una pri-

(1) Citasi talvolta, nel senso della nullità, un arresto del parlamento di Parigi delli 8 giugno 1734. Egli è vero che, nella specie, l'atto non era iscritto se non sopra un foglio volante; ma leggendo la quarantesimanona arringa di Cochin, il di cui cliente ottenne vittoria in siffatta causa, è agevole riconoscere che la quistione di forma non era se non un incidente della lite, nella quale eranvi due mezzi di merito rilevantissimi: la mancanza di presenza del proprio parroco, e la circostanza che il matrimonio era stato tenuto segreto, in opposizione alle ordinanze. Altronde l'atto offriva gravi irregolarità che lo rendevano sospetto.

Digitized by Google

gionia da uno a tre mesi e con un'ammenda da 16 a 200 franchi, l'inscrizione sopra semplici fogli volanti, mentre il solo fatto di non essersi assicurato del consenso dei genitori, quando anche costoro lo avessero effettivamente prestato, è punito con una prigionia da sei mesi ad un anno, e con un'ammenda da 16 a 300 franchi (codice penale articolo 192 e 193] (*).

Del resto gli scrittori che insegnano che havvi sempre nullità, si contradicono ammettendo che la soppressione di questo foglio volante possa dar luogo alla condanna ai lavori forzati a tempo contro l'uffiziale pubblico [codice penale, articolo 173]; perocchè se questo foglio non può far le veci di registro, non prova assolutamente nulla, poichè il principio di pruova per iscritto non è ammesso in materia di matrimonio, e quindi può tal foglio distruggersi senza recare pregiudizio ad alcuno.

157. Riassumendo, il matrimonio non può mai essere indirettamente provato col possesso di stato, salva una sola eccezione in favore dei figli. Lo si può direttamente provare per testimonii, in caso di perdita o di non-esistenza dei registri, ma non nel caso in cui esistestero registri regolarmente tenuti. In tal caso bisogna ricorrere ai registri, ma non è vietato al giudice prestar fede ad un foglio staccato, quando sia rivestito di tutte le formalità richieste.

158. Le diverse legislazioni moderne hanno generalmente adottato principii analoghi a quelli della legge francese sulla pruova del matrimonio. L'Inghilterra è il paese in cui le antiche consuetudini hanno lasciato più marcate traccie su questa materia. Ivi ammettesi tuttora la pruova del matrimonio per pubblica fama, sebbene, in virtù di statuti recenti, vi si tengano dei registri regolari pei dissidenti indipendentemente dai registri parrocchiali. Tuttavia si fa una distinzione bizzarra. Quando si legano al matrimonio dritti personali, basta il possesso per poterli reclamare, salva l'istanza per l'adulterio, la quale richiede la pruova diretta della qualità di sposo: se, all'incontro, trattasi di dritti reali, bisogna somministrare pruove sufficienti del matrimonio per convincere un giurì [1].

§ 2. *Filiazione.*

159. Se non si consultasse qui se non il dritto comune, dovrebbesi concedere tutta la latitudine al figlio che domanda di provare l'origine sua, perocchè non trattasi di una convenzione, della quale egli avrebbe dovuto stendere atto, ma bensì di un fatto che egli era nell'impossibilità di fare assodare. Ma il timore che si usurpi troppo facilmente uno stato col sostegno di testimonianze, delle quali la natura occulta dei fatti permetterebbe difficilmente la verificazione, ha fatto sagrificare l'interesse di taluni figli sforniti delle condizioni richieste per la pruova, a quello della società la di cui base riposa sull'integrità della famiglia.

Da un altro lato però il pericolo della pruova testimoniale non poteva essere addotto in materia di possesso di stato, poichè questo possesso, al pari del possesso propriamente detto, si compone di elementi pubblici, di cui la verificazione non è

(*) L'articolo 244 delle nostre leggi penali stabilisce indistintamente la pena del primo al secondo grado di prigionia o confino coll'ammenda non maggiore di ducati 50 per tutti i casi nei quali l'ufficiale incaricato de'registri dello stato civile manca ad alcuna delle disposizioni prescritte dalla legge. — *Il Traduttore.*

(1) V. Blaxland, *Codex rerum anglicarum*, pag. 284.

Digitized by Google

suscettibile di frode. Quindi noi abbiamo veduto che, se esso è respinto in materia di matrimonio, lo è solamente per ragione del carattere equivoco che offre la coabitazione maritale tra due persone, quand'anche la si ritenga costante. È all'estremo grado improbabile che si allevi e si educhi come proprio un figlio altrui. Conseguentemente a ciò è stato in ogni tempo riconosciuto che il possesso di stato basta per provare la filiazione. Non vi sono restrizioni per la pruova testimoniale se non quando essa si riferisce direttamente al fatto della maternità o della paternità; pruova troppo delicata perchè vi si possa giungere unicamente col soccorso di deposizioni orali, in una legislazione che nutre sfiducia avverso i testimonii.

160. La filiazione invocata può essere legittima e naturale. Le indagini sulla procreazione legittima sono più agevolmente ammesse di quelle della procreazione naturale, perciocchè essa è grandemente onorevole per le persone alle quali viene attribuita (*). Però questa distinzione, che signoreggia la materia; non poggia unicamente sopra considerazioni di moralità e di decoro; la cura stessa che si pone ordinariamente per dissimulare l'esistenza di un figlio naturale, lascia trapelare, sull'origine di colui che reclama una filiazione di tal natura, taluni dubii che sembra non possano dileguarsi se non col mezzo d'indizii non sospetti.

1° *Filiazione legittima.*

161. Giusta le ragioni da noi ora assegnate il possesso di stato basta per provare questa filiazione (codice civile, articolo 320-242). La legge indica (*ibid.*, articolo 321-243) i principali elementi costitutivi di tal possesso, e che possono classificarsi sotto i tre capi annunziati dagli antichi nostri scrittori: *Nomen, tractatus, fama.* Ma la riunione di queste diverse circostanze non è richiesta, e tutto riducesi pei tribunali ad una quistione di valutazione: è egli certo, o pur no, che il reclamante era ritenuto come figlio dei genitori che egli si attribuisce? La soluzione di questa quistione, qualunque essa siasi, non può aprire adito alla censura della corte di cassazione [rigetto, 19 maggio 1830](**).

Il possesso di stato basta *in mancanza di titolo* [lo stesso articolo 320-242], in questo senso che l'atto di nascita è il modo ordinario di pruova della filiazione. Ma non è necessario supporre qui la perdita o la non-esistenza di registri, per ammettere la pruova testimoniale, ai termini dell'articolo 46-48 (1). Quand'anche esistano registri senza alterazione, il possesso di stato ha sufficiente forza per dissipare le preoccupazioni nate

(*) Il pregiudizio che ha fatto considerare essere i figli naturali in una condizione meno onorevole della prole legittima è stato tolto dal codice generale austriaco: ivi all'art. 162 è detto: « L'illegittimità dei natali non pregiudica all'estimazione civile della prole, nè alla sua sussistenza o al miglioramento della sua sorte; ed a questo fine non è d'uopo d'uno speciale rescritto del Sovrano che la dichiari legittima. »

Questa disposizione è stata riprodotta nell'art. 130 del codice per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla.—*Il Traduttore.*

(**) Unif. Cassazione, 8 gennajo 1806; 22 gennajo 1811; 16 novembre 1826; 11 aprile 1826; 28 febbrajo 1828. V. ancora Bioche e Goujet, *Dizionario di procedura* V. Enquete, num. 20. — *Il Traduttore.*

(1) La prima redazione dell'articolo stabiliva: « Se i registri siansi smarriti, o se non se ne siano tenuti, basta il possesso di stato di figlio legittimo. » Il consiglio di Stato, ammettendo la pruova di questo possesso *in mancanza di titolo* ha generalizzato la disposizione della legge con conoscenza di causa.

Digitized by Google

per l'omessione, la quale reputasi in tal caso proveniente da semplice negligenza. Tuttavia, quando non havvi titolo conforme al possesso di stato, può, se ne è il caso, dimostrarsi che siffatto possesso è il risultato dell'errore o *della frode*.

162. Avviene tutt' altro quando *havvi nel tempo stesso* titolo di nascita e possesso conforme a questo titolo [*ibid.*, articolo 322-244]. Quando queste due specie di pruova si prestano in tal guisa vicendevole soccorso, lo stato del figlio non può essere impugnato nè dai terzi nè dallo stesso figlio.

Questa soluzione, reclamata dall'interesse della stabilità delle famiglie, era stata ammessa dall' antica giurisprudenza al principio del secolo XVIII (1). Sventuratamente, siccome questo non era che un punto di mera teorica, da niun testo consagrata, il favore delle persone vi arrecava talvolta derogazione. Si è soventi volte citata la rettificazione ottenuta da Maria Aurora, dell'atto *di nascita*, sostenuto dal possesso, che *la* costituiva figlia legittima di genitori oscuri, onde farsi dichiarare figlia adulterina del maresciallo di Sassonia: condizione imposta ad uno splendido matrimonio che fu con effetto contratto.

La sorgente di simili abusi venne inaridita dall'articolo 322-244. Questa disposizione non sarebbe altronde necessaria per i casi simili a quello di Maria Aurora; il principio che vieta le indagini o il riconoscimento di una filiazione adulterina troncherebbe dalle radici siffatte pretese. Se l'articolo è utile, lo è solamente per impedire di reclamare sinanco uno stato di cui la pruova sarebbe permessa, come sarebbe quello di figlio naturale semplice, o di figlio legittimo di altri genitori, quando il titolo ed il possesso di stato del reclamante sono entrambi contrarii alla pretesa di lui.

Ma, perchè il concorso del titolo e del possesso produca quest'effetto importante, è necessario che l'identità delle persone, in testa della quale si riuniscono queste due circostanze, sia bene verificata. Se vi è stata sostituzione di un fanciullo dopo l'inscrizione sui registri dello stato civile, per esempio durante il soggiorno presso una nutrice, il concorso del possesso e del titolo riducesi ad una nuda apparenza, perciocchè il possesso di stato che volesse invocarsi in favore del fanciullo sostituito non sarebbe altro che un errore; esso non sarebbe affatto riferibile al fanciullo inscritto sul registro. Avverrebbe altrimenti se non fosse stato possibile disgiungere il possesso dal titolo, se si adducesse una sostituzione anteriore alla confezione dell'atto di nascita. Appartarsi in simile ipotesi dalla regola tutelare stabilita dall'art. 322-244, per prestare soccorso a talune posizioni eccezionali, sarebbe aprire il campo a pericolosi reclami.

163. Finalmente, o siavi possesso di stato solamente, ovvero concorso del possesso e del titolo, non debbesi perder di vista che la pruova della filiazione non mena a quella della legittimità se non quando i genitori designati siano congiunti in matrimonio. Stabilita la filiazione, rimarranno ancora due punti a provare: 1° la celebrazione del matrimonio tra' genitori; 2° la validità di questo matrimonio.

L'obbligo di provare il fatto della celebrazione incombe al figlio. Se noi supponiamo viventi e capaci di esprimersi i due genitori, o almeno

(1) V. la centesima seconda requisitoria di Cochin, di cui le conclusioni furono ammesse con arresto del 9 aprile 1737.

Digitized by Google

uno di essi, i figli saranno obbligati, come qualunque altra parte interessata, a somministrare la pruova diretta per iscritto, e nei casi in cui legge lo permette, la pruova testimoniale. Se non esistono genitori in istato di potere indicare il luogo della celebrazione, abbiano veduto che i figli sono ammessi a fondare la loro legittimità sul possesso di stato dei loro genitori, come marito e moglie, combinato col loro proprio possesso [codice civile, articolo 197-190].

Non corre però ai figli l'obbligo di dimostrare il secondo punto, la validità del matrimonio, perciocchè qualunque matrimonio regolarmente contratto è riputato valido; ma è ben chiaro che i loro avversarii hanno sempre la facoltà d'impugnarlo come nullo in merito, senza che possa in questo fatto scorgersi per nulla un attacco diretto contro la forza inerente al possesso di stato. Tutto quello che siffatto possesso dee far presumere si è che siasi contratta una unione. Ma potevasi questa contrarre? È questa una quistione di un ordine ben distinto, sulla quale il fatto posteriore del possesso non potrebbe apprestarci alcun lume. Ha torto adunque Denizart quando riferisce essersi sconosciuto il giusto favore del possesso di stato da un arresto del parlamento di Parigi, del 12 luglio 1713, che negò di riconoscere come legittimo, sebbene avesse titolo e possesso conforme, il figlio nato da un secondo matrimonio di una donna che non avea giustificato la morte del suo primo marito. Il parlamento fu forse soverchiamente rigoroso nel presumere la bigamia; ma ebbe completamente ragione nel non preoccuparsi nè del possesso, nè del titolo, i quali provavano l'esistenza, ma non già la validità del secondo matrimonio (*).

164. I fatti che costituiscono il possesso di stato di figlio legittimo, debbono regolarmente derivare dai due sposi. Si suppone che sia il marito quegli che ha diretto l'educazione del figlio, il che spiega perchè l'articolo 321-243 faccia speciale menzione del padre, sebbene debbano nello stesso modo prendersi in considerazione i fatti relativi alla madre.

Che cosa debbesi decidere quando i due sposi siano vissuti separati, ed il possesso esista solamente in faccia ad un solo di essi?

Primieramente, allorquando i fatti offriranno qualche dubbiezza, vi si dovrà a preferenza scorgere il possesso di figlio naturale anzicchè quello di figlio legittimo. Se poi quest'ultima qualità sorge dalle circostanze della causa, debbesi esaminare in faccia a quale dei conjugi trovisi provato il possesso. Se in faccia al marito, noi diremo senza esitare con Merlin (1) che la posizione del figlio è eminentemente favorabile. L'averlo il marito costantemente trattato come figlio suo legittimo, rende estremamente verosimile la sua nascita in legittimo matrimonio, e di conseguenza la sua filiazione in faccia alla moglie. Certamente il testo di Ulpiano [2]: *grande praejudicium adfert pro filio confessio patris*, ha poco vigore nel nostro dritto, poi-

(*) Per le nostre leggi, malgrado la nullità del matrimonio, quando esso è stato contratto in buona fede, i figli saranno considerati come legittimi, ed il mairimonio, relativamente ad essi, produrrà gli effetti civili (articolo 191 cod. p. 1). Questa disposizione è stata riprodotta dall'articolo 162 del codice di Sardegna.—*Il Traduttore.*

(1) *Repert.* v. *Legitimité*, sez. II, § 4, num. 3.

(2) Leg. 1, § 12, *Dig. de agnoscendis liberis.*

Digitized by Google

chè in Roma non esistevano figli legittimi in faccia alla madre, il che scemava molta forza alla dichiarazione di lei. Ma gli antichi arresti citati da Merlin [1] provano che la giurisprudenza francese ha sempre attribuito una grande importanza al possesso di stato in faccia al marito. Havvi maggior dubio nell'ipotesi contraria, poichè la moglie può essere più facilmente disposta a trattare come figlio legittimo il frutto di un commercio illecito, mentre il marito commetterebbe il reato di soppressione di parto [codice penale, articolo 345-346] attribuendo in tal guisa un figlio a suo moglie. Ritiensi generalmente che la confessione diretta della madre non fa pruova della paternità; di conseguenza sembra pericoloso l'attribuire un simile effetto alla confessione indiretta che risulta dal possesso di stato. Tuttavia bisogna confessare che, essendo la pruova testimoniale della maternità, fatta da colui che non ha nè titolo nè possesso bastevole a stabilire la paternità sino alla pruova in contrario (n. 167), riesce difficile non attribuire la stessa efficacia alla pruova della maternità nascente dal possesso di stato. Ad ogni modo la sentenza che determina in tal guisa il possesso della legittimità in faccia alla madre, ha maggiore efficacia di una semplice confessione, poichè essa dev'essere profferita con cognizione di causa e colla contradizione della famiglia paterna [num. 167] [2].

165. Se non havvi nè titolo, nè possesso, non rimane altro espediente che quello della pruova testimoniale diretta della filiazione. L'antica nostra giurisprudenza ricusava di ammettere questa pruova, quando era sfornita da ogni ammiricolo, poichè siffatta pruova non cade più sopra fatti pubblici, come quella del possesso di stato. Uno dei monumenti più rimarchevoli che consagrano questa teorica, si è un arresto del parlamento di Parigi del 1657, il quale, dopo avere respinto la domanda della pruova testimoniale, di un certo Giorgio de la Croix, la di cui pretesa non poggiava sopra alcuna base, lo condanna « a comparire personalmente, nella camera, in presenza del signor de la Porte, e di sei persone a sua scelta, ove dichiarerà che temerariamente e senza pruova si è spacciato figlio del signor de la Porte, di che egli si pente, e ne chiede perdono a Dio, al re, ed alla giustizia, del pari che al signor de la Porte. »

Ma se sin dal secolo XVII si è respinta la pruova testimoniale nuda in materia di filiazione, le idee non si fermarono così presto sulle condizioni necessarie per autorizzare la pruova medesima. Taluni, preoccupandosi di quanto prescrivesi in materia di convenzioni, richiedevano un principio di pruova per iscritto. Questa opinione era sinanco riprodotta nel progetto del codice civile. Ma sarebbe troppo rigoroso sottoporre la giustificazione della filiazione legittima alla preventiva esibizione d'uno scritto. Si è preso quindi un partito medio tra l'ordinanza di Moulins, che richiede la scrittura per le convenzioni, ed il dritto comune, che permette senza restrizioni la pruova dei fatti.

(1) *Repert.*, v. *Legittimité*, sez. II, § 4, num. 3.

(2) La corte di Tolosa sembra inclinare per questa teorica, nei motivi di una decisione del 4 giugno 1842. Ma quest' arresto non ha nulla di positivo, perciocchè i giudici dichiararono nella specie che il possesso di stato, certo in faccia alla moglie, esisteva benanco in faccia al marito.

Digitized by Google

Siffatto sistema, nitidamente esposto sin dal 1691 nella seconda requisitoria del D'Aguesseau, che ha contribuito a rannodare i suffragi, consiste nell'esigere per lo meno indizii gravi per motivare la sentenza interlocutoria che ammette la pruova testimoniale.

Il consiglio di Stato, sulle osservazioni del tribunato, aderì anch'esso a questo sistema. « Mancando il « titolo ed il possesso continuo, dice « l'articolo 323-245, o quando il « figlio fosse stato iscritto sotto falsi « nomi, o come nato da genitori in- « certi, la pruova di filiazione può « farsi per mezzo di testimonii. Ciò « non ostante questa pruova non può « essere ammessa, che allora quando « vi sia un principio di pruova per « iscritto, o quando le presunzioni « e gl'indizii risultanti da fatti sino « a quel tempo costanti siano abba- « stanza gravi per determinarne l'am- « messione. »

Il codice civile, essendosi, uniformemente all'ultimo stato della giurisprudenza, contentato di presunzioni gravi nell'interesse del reclamante, fu costretto a conservare in questa materia il carattere esteso del principio di pruova per iscritto, ammesso altravolta e respinto oggi in materia convenzionale [*ibid.*, articolo 1347-1301], secondo il quale lo scritto poteva derivare da una persona non interessata nella lite. E di vero, sarebbe stata una inconseguenza usare maggiore severità pei documenti scritti, quando qui gl'indizii materiali, quantunque non provenienti dall'avversario, possono servire di base alla pruova testimoniale. « Il principio di pruova per i- « scritto, dice l'articolo 324-246, ri- « sulta da documenti di famiglia, « dai registri e dalle carte private « del padre o della madre, dagli atti « pubblici e privati provegnenti da « una delle parti impegnate nella « contesa, o che vi avrebbe interes- « se se fosse in vita. » In questa guisa, quegli che reclama il suo stato in faccia ad una persona della quale si dice fratello, potrà opporgli scritti provegnenti non solamente dai genitori, che sono i legittimi contradittori, ma benanco da un fratello, che non è per nulla l'autore del convenuto. Non havvi che una sola restrizione, ed è che non si tien conto veruno delle dichiarazioni dei terzi non interessati.

166. Possono i testimonii ammettersi a deporre sulla filiazione, come l'articolo 46-48 li ammette per le nascite, matrimonii e morti, in caso di perdita dei registri, senza che il reclamante adduca in suo favore altra circostanza all'infuori di questa perdita?

A noi sembra che l'indizio grave debba condurre ad una probabilità, e non ad una semplice possibilità. Or l'indizio che risulta dalla perdita è un indizio puramente negativo. Il figlio può essere stato iscritto *sopra* i fogli distrutti; ma lo è *egli* stato? Non v'ha cosa che ci autorizzi ad affermarlo; quindi ben a ragione un arresto di rigetto del 12 dicembre 1827 negossi a riconoscere come un indizio grave la perdita dei registri. Del resto, per quanto possa una tale teorica sembrarci ragionevole, il ricorso avverso una decisione che se ne allontanasse potrebbe essere del pari rigettato, perciocchè è difficile che cada un arresto di cassazione su questa materia. È d'uopo applicarsi qui quanto abbiamo detto sul possesso di stato; tutto riducesi ad una quistione di valutazione.

Ma per l'opposto, l'esistenza di registri regolari che indicassero un'altra filiazione non sarebbe di ostacolo all'amministrazione della pruova testimoniale, nel caso in cui essa fosse

Digitized by Google

ammessibile. Il titolo senza il possesso è, al pari del possesso senza titolo, inefficace a costituire una pruova ineluttabile.

167. Noi osservammo che il possesso di stato in faccia alla sola madre, quando sia debitamente stabilito, fa presumere la paternità: esamineremo in appresso, trattando della pruova scritta, le gravi difficoltà che sorgono nel caso in cui l'atto di nascita indichi solamente la madre. Quando non havvi nè titolo nè possesso, dalla pruova testimoniale non potrà risultare che la sola maternità, perciocchè la paternità, sebbene legittima, non è suscettibile di pruova diretta [1].

Ma per quanto sospetta sia la posizione di un figlio che non è stato nè iscritto, nè riconosciuto dai suoi genitori, non debbesi supporre che i tribunali lo dichiarino senza maturità di esame figlio legittimo della madre da lui reclamata. Di conseguenza, se la maternità è legalmente provata, sarà questo un fatto acquistato nell'interesse suo, e potrà collocarsi con fiducia sotto l'egida della presunzione che attribuisce il marito per padre al figlio concepito durante il matrimonio [*ibid.*, articolo 312-234]. La legge infatti suppone [*ibid.*, articolo 323-245 che spetti a' suoi avversarii provare che egli non è stato procreato dal marito. Ma per questo è necessario supporre la maternità provata in faccia a tutti gli interessati. Questo risultava dalla redazione primitiva dell' articolo 325, il quale era così concepito: «La famiglia «alla quale il reclamante pretende «appartenere sarà ammessa a combatterne il reclamo con tutti i mezzi «proprii a stabilire, non solamente «che egli non è figlio del padre, «ma benanco che egli non è figlio «della madre che reclama.» La famiglia di che si tratta è senza dubio la famiglia paterna, che è autorizzata a contrastare sinanco la maternità, perciocchè per la famiglia materna non poteva esservi dubio.

Questa facoltà attribuita alla famiglia paterna è di tutta giustizia, ed in perfetta armonia coi principii sull'autorità della cosa giudicata. Il cambiamento arrecato a questa redazione dal tribunato ha avuto per iscopo non già di modificare il pensiero, ma di rischiararlo.

«La pruova contraria, dice l'at«tuale articolo 325-247, potrà farsi «con tutti i mezzi proprii a stabi«lire che il reclamante non sia il «figlio della madre che pretende di «avere, o pure che non è figlio del «marito della madre, quando fosse «provata la maternità.» Non può mettersi in dubio che si è voluto conservare la regola la quale prescrive che la maternità sia stabilita colla contradizione delle due famiglie. Ma tutta la forza dell'articolo cade attualmente sull' altro punto, sulla paternità. Quando la maternità è provata, possono adoperarsi *tutti i mezzi proprii a stabilire* che la paternità legittima non esiste. Si è forse adunque voluto ingrandire il cerchio entro il quale trovasi ordinariamente rinserrata l'azione d'impugnazione di paternità?

Per sostenere la negativa invocasi

(1) Vi sarebbe pruova, non già del fatto stesso della paternità, ma del suo riconoscimento quasi immediato, se il marito, come spesso avviene, si fosse affrettato ad annunziare alla famiglia la gravidanza della moglie, quando l'identità del reclamante col figlio di cui il concepimento fosse stato in tal guisa proclamato, fosse bene assodata. Dovrebbesi allora in generale considerare la paternità come provata d'una maniera positiva.

Digitized by Google

tanto il testo che parla dei *mezzi proprii*, e non dei mezzi eccezionali, quanto le osservazioni del tribunato, in cui non parlasi di nuovi casi d'impugnazione di paternità, ma solamente dell'estensione da darsi all'autorità della cosa giudicata.

L'altra opinione, più generalmente adottata, si fonda dapprima sull'insieme dell'articolo 325-247. È mai credibile che si fosse parlato di tutti i mezzi proprii a stabilire la non-paternità, se non si avesse voluto fare altro che un rinvio alle regole restrittive del capitolo precedente? Per quanto concerne le osservazioni del tribunato, egli è vero che esse non si versarono su questo punto; ma che perciò? Le parole: *tutti i mezzi proprii*, ec. non appartengono al tribunato, ma alla redazione primitiva, di che rimane sempre ad indagare l'intelligenza.

Finalmente, lasciando da canto il testo e la parte storica dell'articolo, veggiamo se, alla fin fine, l'estensione proposta sia in se stessa eccezionale. Si può impugnare la paternità, o per impossibilità fisica, o per impossibilità morale. Relativamente alla prima impossibilità non abbiamo cosa da aggiungere. Per quanto concerne la seconda, la restrizione della legge (*ibid.*, articolo 313-235) consiste nel richiedere [salvo il caso di separazione personale, oggi regolata dalla legge del 6 dicempre 1850] la pruova dell'occultazione della nascita, per rendere ammessibile la impugnazione della paternità. Ebbene! nella specie non vi sarebbe obbligo di giustificare questa circostanza. Ma qual cosa di più naturale? Non havvi forse nella mancanza del titolo e del possesso ad un tempo, una posizione insolita che suppone quasi sempre una nascita occultata? Nel caso ordinario di non riconoscimento, per causa di adulterio, provata l'occultazione del fanciullo, il marito è ammesso *a proporre tutti i fatti tendenti a giustificare* che egli non ne è il padre; tali sono i termini dell'articolo 313-235. Queste espressioni sono quasi identicamente le stesse che adopera l'articolo 325-247: *mezzi proprii a stabilire*. Questa somiglianza nei testi, quando le due posizioni offrono un'analogia si perfetta, non c'induce forse in un modo invincibile ad assimilare la mancanza di titolo e di possesso di stato all'occultazione [1]? La giurisprudenza ammette infatti contro il figlio che non ha nè titolo nè possesso di stato la facoltà di provare la non paternità con tutti i mezzi possibili [2].

2° *Filiazione naturale*

168. Una quistione preliminare, della quale noi abbiamo indicato la soluzione nelle nostre nozioni generale, nell'esaminare quali siano i fatti suscettibili di pruova, si è quella di sapere se sia ammessibile la pruova di qualunque filiazione naturale.

Il codice civile [articolo 335-258

(1) Questo argomento acquista moltissima forza se ci riportiamo alla discussione del consiglio di Stato, nella quale venne interrotta la discussione del capitolo I del titolo *della Paternità*, per occuparsi del capitolo II, onde svolgere la materia in tutto il suo complesso. Da questa discussione generale è sorto il principio il quale, in caso di frode, riserva al marito ed ai suoi eredi tutte le pruove atte a combattere la presunzione di paternità. Questo principio è stato espresso da due disposizioni novelle, di cui una venne aggiunta all'articolo 313-235, e l'altra forma sola l'articolo 325-247.

(2) Vedi Bordeaux, 12 febbraro 1838, rigetto, 7 novembre 1809, e su quest'ultimo arresto, Merlin, *Quistioni di dritto*, v. *Legitimité*, § II.

Digitized by Google

e 342-265] vieta non solamente le indagini, ma benanco il riconoscimento di una filiazione incestuosa o adulterina. Egli è ben vero che taluni scrittori e taluni, arresti [v. principalmente Lione 23 marzo 1835; e Bourges, 4 gennajo 1839] hanno permesso di provare un'origine macchiata di uno di questi vizii, tanto nell'interesse del figlio, onde possa ottenere gli alimenti che la legge sembra assicurargli (*ibid.*, articolo 762-678), quanto, per l'opposto, contro di lui, onde ridurre le disposizioni fatte in suo favore [*]; ma anche supponendo ben fondata siffatta opinione, rimarrebbe sempre ad esaminare se sia ammessibile la pruova testimoniale di una simile origine, ancorchè esista un principio di pruova per iscritto. Ci sembra difficile che possa giungersi sino a questo punto; dovrebbesi per lo meno, ond'evitare lo scandalo, richiedere un riconoscimento espresso, come fa il codice sardo [articolo 187], quando trattasi di una dimanda di alimenti, ed è in questa guisa che l'intendeva l'oratore del tribunato, il quale annunciò pel primo questa opinione per ispiegare l'articolo 762-678. Ma noi vedremo, quando tratteremo della pruova scritta della filiazione, che questo sistema, contrario al testo della legge, è respinto dalla giurisprudenza della corte di cassazione.

169. Nondimeno, poichè la legge, malgrado che proibisca il riconoscimento dei figli adulterini o incestuosi, accorda loro gli alimenti, bisogna ammettere che la loro filiazione possa trovarsi legalmente stabilita. Questo è facile concepirsi per la maternità adulterina. Quando il marito riporta vittoria, sia come attore nell'azione di non riconoscimento, sia come convenuto in un'azione di reclamo di stato, il figlio trovasi necessariamente respinto nella categoria dei figli adulterini, per lo meno relativamente alla madre sua. Riesce però più difficile ammettere la pruova di una paternità adulterina, al pari di quella di una filiazione incestuosa, il che nondimeno è formalmente supposto dalla

(*) A questi si possono aggiungere i seguenti: Angers, 19 gennajo 1814; Parigi, 31 agosto 1827 e 22 giugno 1839; Bruxelles, 29 luglio 1811; Tolosa, 5 marzo 1827; Rennes, 31 dicembre 1834; Lione, 17 maggio 1837 e 13 marzo 1847; (v. *Journal du Palais*, t. 1, 1847, pagina 634). Tra gli scrittori che hanno seguito questa teorica citeremo Toullier, tom. II, n. 967 a 969 v. IV, 265; Rolland de Villargues, num. 250, 340 e 342; Merlin, *Repert.* v. *Filiazione*, n. 20 e 22 e Vazeille, *Trattato del matrimonio*, II, 504; Riv. di dritto francese e straniero; articolo redatto dal sig. Mathieu, anno 1843, pag. 837.

L'opinione contraria è quasi generalmente ammessa. Vedi: Bourges, 7 maggio 1810; Riom, 28 giugno 1809; Parigi, 6 giugno 1809 e 13 agosto 1812; cassazione 14 maggio 1810, 14 maggio 1811, 28 giugno 1815, 17 novembre 1816 e 11 novembre 1819; Rouen, 6 luglio 1820; Riom, 6 agosto 1821; Dijon, 29 agosto 1818; Pau, 27 luglio 1822; cassazione, 9 marzo 1824; Poitiers, 11 dicembre 1824; cassazione, 18 marzo e 1 agosto 1827; Montpellier, 19 gennajo 1832; cassazione, 4 dicembre 1837, 8 febbrajo 1836 e 3 febbrajo 1841; Parigi, 14 gennajo 1846; Angers, 14 febbrajo 1843; cassazione, 19 aprile 1847 (v. *Journal du Palais*, t. 1, 1847, pag. 668). Tra gli scrittori possiamo citare: Maleville, sugli articoli 340 e 762; Chabot, *Successioni*, sull'articolo 762; n. 3 e 4; Belost-Jolimont, osservazione I sull'articolo 762; Delvincourt, 1, parte 2, pag. 234 e 235; Loiseau, pag. 732 e 740; Grenier, *Donazioni*, 1, 130 *bis*; Duranton, III, 195 a 209; Favard, *Repert*, v. *Figlio adulterino*, n. 1; Malpel, *Successioni*, n. 168 a 170; Poujol, *Successioni*, sugli articoli 762 e 764; Cadrés, *Figli naturali*, n. 241 e 246; Zachariae ed i suoi annotatori Aubry e Rau, p. II, lib. 1, § 572, nota 4.— *Il Traduttore.*

Digitized by Google

legge [codice civile articolo 762-678 763-679 e 764].

Per quanto concerne quest'ultima filiazione, bisogna supporre un matrimonio contratto di mala fede tra parenti o affini in grado proibito: estendendo a questo matrimonio apparente la presunzione di paternità, si attribuisce ai figli la qualità d'incestuosi. E di vero, se la legge vieta le indagini di una filiazione incestuosa, ciò ha luogo per evitare la rivelazione di uno scandalo ignorato, e questo motivo non esiste più quando lo scandalo è già consumato pel fatto della celebrazione del matrimonio.

La stessa decisione non può applicarsi se non con una distinzione relativamente alla filiazione adulterina, nel caso di un secondo matrimonio contratto di mala fede pria dello scioglimento del primo, perciocchè, se è la moglie quella che si è in tal guisa rimaritata, vivente suo marito, i figli che essa dà alla luce sono considerati appartenere a quello sino all'impugnazione di paternità dal canto suo. Perchè possa esservi pruova legale di una filiazione adulterina, bisogna supporre, nella specie, che il primo marito abbia impugnato di essere il padre di quei figli; ovvero collocarsi nell'ipotesi che il marito sia quello che abbia contratto un secondo matrimonio vivente sua moglie [*].

176. Allorquando la filiazione naturale non è infetta di simili vizii, niun dubio che essa possa essere volontariamente riconosciuta. Le indagini sono del pari ammesse, per lo meno per quello che concerne la maternità. Però si muove quistione se queste indagini siano permesse in favore del figlio solamente, o se debbano esserlo anche in opposizione agl'interessi di lui o per lo meno in un interesse che non sia il suo [1].

In favore della prima opinione invocasi la ragione che lo scandalo delle indagini sulla maternità non può essere tollerato se non in vantaggio del figlio solamente, e si fa osservare che il testo dell'articolo 341-264 non parla, infatti, che del figlio [rigetto 20 novembre 1843; Parigi, 13 marzo 1837 e 29 aprile 1844].

Ma noi siamo d'avviso che debbasi stare al principio generale, secondo il quale *le indagini sulla maternità sono ammesse;* la disposizione che fa in seguito menzione del figlio statuisce *de eo quod plerunque fit*. Quando esiste un interesse nato ed attuale, non *havvi* scandalo nello stabilire un fatto facile a verificarsi, come la maternità: lo scandalo esisterebbe quando la madre col suo silenzio permettesse di eludere le incapacità stabilite dal legislatore relativamente ai figli naturali (vedi Rouen, 19 dicembre 1844; Grenoble, 12 dicembre 1850; vedi anche rigetto 4 febbrajo 1850) (*).

(*) Zachariae aggiunge un terzo caso, quando, cioè, una sentenza, passata in cosa giudicata, abbia per errore di fatto o di dritto ammessa una indagine sulla paternità, il cui risultamento sia stato quello di provare una filiazione incestuosa o adulterina: i suoi annotatori Aubry e Rau seguono la stessa opinione: parte II, lib. 1, § 572, nota 12; Cadrés è dello stesso avviso, *Figli naturali*, n. 68.

Loiseau, pag. 375; Favard, *Repert.*, v. *Figlio adulterino*, n. 1; Grenier, *Donazioni*, n. 130 *bis* e Malpel, *Successioni*, n. 139, citano nel novero dei casi in cui la filiazione di un figlio adulterino o incestuoso possa trovarsi comprovata per la forza delle cose, quello del ratto della madre. Zachariae coi suoi annotatori, e Cadrés (*loc. cit.*) confutano questa dottrina. —*Il Traduttore*.

(1) Principalmente quando trattasi di reclamare la sua successione.

(*) Unif. Merlin, *Repert.* v. *Maternité*, num. 5; Zachariae, p. II, lib. 5, § 570,

Digitized by Google

171. La maternità è un fatto apparente che può essere provato senza grave scandalo, quindi se n'è ammessa la pruova. Si riconoscono in questa materia, come per la maternità legittima, due specie di pruova testimoniale: l'una diretta, la quale stabilisce che una data donna si è sgravata di un dato figlio; l'altra indiretta, che si fonda sul possesso di stato. Tuttavolta si è messa in controversia l'ammessibilità del possesso di stato, per ragione del silenzio della legge, la quale non riproduce per la filiazione naturale le disposizioni che consacrano specialmente la forza di questo possesso relativamente alla filiazione legittima. Ma se ci facciamo a considerare il motivo delle restrizioni legali in questa materia, motivo che non è altro che il timore dello scandalo, è forza riconoscere che la pruova del possesso di stato non offre alcun inconveniente, perciocchè essa suppone il fatto altamente confessato dalla parte che ha il maggiore interesse ad occultarlo. Non sarebbe egli contradittorio permettere di fare indagini sulla gravidanza e sul parto di una donna non maritata, contro la sua volontà, e non attribuire alcun effetto agli atti volontarii i più caratteristici, che manifestano la maternità agli occhi di tutti?

Se l'articolo 341-264 non parla che della pruova testimoniale, ciò avviene perchè, nel linguaggio della legge [codice civile artic. 353-232], per questa pruova s'intende precisamente la verificazione diretta per mezzo di testimonii del fatto generatore della filiazione. Del resto, la discussione prova che il silenzio del legislatore non debbe per nulla essere interpretato come esclusivo del possesso di stato. Si era proposta una redazione che considerava il possesso di stato come un principio di pruova per iscritto. Questa redazione venne respinta, non in odio del possesso di stato, ma perchè si ritenne, secondo le espressioni di Portalis, che esso costituiva *la più completa di tutte le pruove*. E quale altro mezzo rimarrebbe dunque, nel sistema contrario, ai figli nati da donne di campagna, che non sanno scrivere, e che, di conseguenza, non hanno potuto apprestare giammai il principio di pruova per iscritto richiesto per autorizzare la pruova testimoniale (*)? A noi sembra sinanco che in materia di filiazione naturale, la confessione tacita che risulta dal possesso di stato abbia maggiore efficacia, perciocchè per compiere i doveri imposti dalla natura, la madre ha dovuto collocarsi al di sopra del biasimo pubblico, spesso più severo per lo scandalo anzicchè per la colpa stessa.

La maggior parte delle corti di appello si sono effettivamente pronunziate in questo senso. Ma recentissimamente la corte di cassazione

ed i suoi annotatori Aubry e Rau, *ibid.*, nota 1. V. ancora, cassaz. 12 giugno 1823 e 7 aprile 1839 (Sirey, XXX, 1, 175).

V. in senso contrario Amiens, 25 gennajo 1838 (Sirey, XXXVIII, 2, 457). Duranton, tom. 3, num. 242.—*Il Traduttore.*

(*) Il nostro codice ha troncato la tanto agitata quistione che nasce dal silenzio del cedice di Francia prescrivendo (art. 264) l'ammessibilità della pruova testimoniale non solo quando eriste un principio di pruova per iscritto, ma anche « quando le pre« sunzioni e gl'indizii risultanti da fatti sino « a quel tempo costanti si trovino abbastanza « gravi per determinare l'ammessione. » In questa guisa rimane tolto l'ostacolo che nasceva nel solo caso in cui la madre non sapesse scrivere. Il codice Sardo, all'articolo 186, ha perfettamente seguito il sistema proclamato dalle nostre leggi. —*Il Traduttore.*

Digitized by Google

ha deciso che il figlio naturale non può essere ammesso ad invocare il possesso di stato. Dobbiamo però confessare che, nella specie dell'arresto del 17 febrajo 1851 eravi un altro mezzo di annullamento che forse influì grandemente sulla decisione della corte: i fatti di possesso di stato erano avvenuti durante il matrimonio della pretesa madre, ed opponevasi al figlio, ànche nell' ipotesi che questo possesso equivalesse ad un riconoscimento, l' articolo 337-260 del codice civile. La giurisprudenza non si fisserà diffinitivamente su questo punto importante se non quando verrà giudicato un caso più favorevole pel reclamante.

172. La pruova testimoniale diretta del fatto della maternità non è ammessa [*ibid.* articolo 341] se non quando il reclamante ha già un principio di pruova per iscritto. Il timore d'imputazioni calunniose, che potrebbero con soverchia facilità dirigersi a carico di una donna onesta, non ha permesso di scorgere qui in semplici indizii, qualunque ne fosse stata la gravità, una base sufficiente per l'ammessione della pruova testimoniale (cassazione, 28 maggio 1820)[*].

La legge non ha neanco voluto riprodurre l'estensione data al principio di pruova per iscritto (*ibid.*, articolo 324-246) in materia di filiazione legittima. Noi quindi opiniamo, in opposizioue ad un arresto di Parigi del 7 luglio 1838[**], che bisogna ricorrere al dritto comune ed esigere che il principio di pruova per iscritto derivi dalla parte alla quale si oppone; [*ibid.*, articolo 1347-1301].

Un sistema contrario condurrebbe direttamente al risultato che il legislatore ha voluto proscrivere nel rigettare la fede degl'indizii. L' onore delle donne sembra che abbia richiesto il divieto di avvalersi di presunzioni non nascenti da uno scritto, onde fare indagini sulla maternità. Ma chi non vede che lo scopo della legge fallirebbe completamente, quando non si richiedesse che la confessione sia derivata dalla pretesa madre, quando essa potesse essere il fatto di un terzo, al quale una simile dichiarazione non costerebbe nulla (1)? Si comprende da ora quello che si dovrà decidere, quando noi arriveremo alla pruova scritta di un atto di nascita che enuncia il nome della madre senza la sua confessione [num. 172].

Tutta la pruova diretta della maternità suppone che si giustifichino due elementi: 1° il fatto del parto della pretesa madre; 2° l'identità del reclamante col figlio di cui essa si è sgravata.

Si fa quistione se il principio di pruova per iscritto debba riferirsi ad entrambi gli elementi, ovvero sopra un solo di essi. «Il figlio che reclame« rà la madre, dice l'art. 341-264, do« vrà provare che egli è identicamen« te quel medesimo che essa ha par« torito. Non sarà ammesso a sommi« nistrarne la pruova per testimonii, « se non quando vi sia già un prin« cipio di pruova per iscritto.» Evidentemente, dietro la costruzione grammaticale della frase, il principio di pruova dev' essere riferibile per lo meno all'identità. Non si ammetterà dunque, per la maternità naturale, quello che s'ammette molto facilmente per la maternità legittima (v. la cen-

(*) V. la mia nota precedente, sotto il num. 171. — *Il Traduttore.*

(**) Quest'arresto era stato nello stesso senso preceduto da un altro della corte di Rouen, del 25 agosto 1812. — *Il Traduttore.*

(1) Vedi in questo senso un arresto della corte di Tolosa, del 13 luglio 1846.

Digitized by Google

tesimasettima difesa di Cochin], che, provato una volta il parto, l'identità può essere stabilita per mezzo della pruova testimoniale. È d'uopo che il principio di pruova per iscritto tenda a giustificare l'identità, perciocchè sarebbe scandaloso nel nostro dritto che voi foste ammesso a provare, anche per iscritto, che una donna non maritata ha avuto un figlio, quando, in sostegno dell'asserzione vostra con cui assumete d'essere voi medesimo quel figlio, non altro produrrete che deposizioni di testimonii. Il legislatore il quale soffre a malincuore che sia messo in chiaro un fatto disonorante, non lo soffre se non quando il reclamante offre preliminarmente la pruova del suo interesse nello stabilimento di un simil fatto (cassazione, 29 maggio 1810).

Da un altro lato non è bastevole che il principio di pruova cada sull'identità, se non sia contemporaneamente relativo al parto. Ma questa necessità trae la sua origine dalla natura stessa delle cose. Perchè lo scritto renda verosimile l'identità, è necessario che risulti un ravvicinamento tra colui che reclama ed il figlio di cui la convenuta siasi in quell'epoca sgravata: il che suppone la realtà del parto.

Però non debbesi cadere nell'eccesso contrario, e richiedere con Toullier che il fatto del parto sia preliminarmente provato per iscritto. Siffatta opinione è stata ragionevolmente respinta da un arresto di rigetto del 3 luglio 1850, fondato sulla ragione « che risulta dalla legge sa« namente interpretata, che la pruo« va che deve somministrare colui « che fa le indagini sulla maternità « è una pruova complessa, la quale « deve ad un tempo riferirsi al fatto « del parto ed all'identità; che infatti « la pruova del parto non racchiude « quella dell'identità, ma che la pruo« va dell'identità porta necessaria« mente seco la condizione di fare « la pruova del parto, e che, non « ammettendo la legge se non un « sol genere di pruova, esso appli« casi di necessità al fatto del parto « non meno che a quello dell'iden« tità (*). »

174. Per quanto concerne le indagini sulla paternità, esse sono generalmente vietate, e sinanco il progetto del codice non istabiliva alcuna eccezione, e limitavasi ad accordare un'azione per danni ed interessi alla madre in caso di ratto o di stupro. Si vide in consiglio di Stato che era contradittorio l'ammettere un'azione d'indennità e rigettare le indagini sulla paternità in una maniera assoluta. In conseguenza la redazione diffinitiva dell'art. 340-263 faculta i tribunali a dichiarare il rapitore padre del figlio, quando l'epoca del ratto coincida con quella del concepimento. Lo stupro, che taluni hanno definito un ratto momentaneo, non è più ricomparso in questa redazione. Sembra infatti che esso sia stato escluso nella seduta del consiglio di Stato del 26 brumajo anno X, siccome quello che non traeva seco una pruova sufficientemente decisiva della paternità. Tuttavia il codice olandese (articolo 342), e quello del gran-ducato di Baden (artico-

(*) Unif.: Zachariae, t. IV, § 570, 6; Cadrès *Figli naturali*, num. 47. La teorica in cui si riconosce la natura complessa di questa pruova, è stata seguita dalla corte suprema di Napoli in un arresto del 5 luglio 1850, col quale venne deciso che l'articolo 264 (341 del codice di Francia) non obbliga ad una pruova del parto per iscritto e compiuta: il figlio può provare con testimonii che egli è identicamente lo stesso onde quella si è sgravata, se hàvvi un principio di pruova scritta, che abbia relazione ad un tempo e al fatto della identità, ed al parto.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

lo 340) considerano questa circostanza come un argomento grave (*). Spetta alla fisiologia determinare quale dei due sistemi si avvicini maggiormente alla verità (1).

La pruova tanto del parto, quanto dei fatti proprii a stabilire che il rapitore è il padre del fanciullo, può evidentemente farsi per mezzo di testimonii. La data della nascita, che debbesi conoscere per determinare l'epoca presunta del concepimento, si stabilirà ordinariamente per mezzo degli atti dello stato civile. Ma noi abbiamo veduto che può sempre supplirsi colla pruova testimoniale al silenzio di tali atti; e lo si può qui con maggior ragione, poichè il silenzio è spiegato dal desiderio di non lasciar trapelare cosa che comprometta l'onore della madre.

Sarebbe superfluo l'aggiungere, se taluni non lo avessero negato, che il divieto di fare indagini sulla paternità incestuosa o adulterina estendesi anche al caso di ratto. Per qual ragione l'articolo 342-265 vieterebbe le indagini sopra una paternità di questa natura, se questo divieto non avesse una estensione più vasta del principio generale relativo alla paternità ordinaria?

175. Se la pruova indiretta, tanto delicata, del fatto della paternità è ammessa in caso di ratto, a ragion più forte debbesi ammettere la giustificazione del possesso di stato, delle cure date dal rapitore al fanciullo a titolo di paternità.

Ma il possesso di stato di figlio naturale produrrebbe effetto in qualunque altra circostanza?

Se considerassimo solamente lo spirito della nuova legislazione, che ha soltanto voluto evitare lo scandalo, saremmo tentati a rispondere affermativamente. Si fa in proposito notare che la legge del 18 brumajo anno II, la quale fu la prima a vietare le indagini sulla paternità, riservava la pruova del possesso di stato [2], la quale risultava dalla produzione di scritture pubbliche o private del padre, o da una serie di cure date, a titolo di paternità e senza interruzione, tanto al mantenimento che all'educazione dei figli.

Ma un accurato esame di questa legge ci addimostra che essa non ha il significato che le si vuole attri-

(*) Il codice sardo, all'articolo 185, num. 2, ammette le indagini sulla paternità anche nel caso di stupro violento, quando il tempo di esso corrisponda a quello del concepimento.—*Il Traduttore.*

(1) Il ratto, nel senso della legge civile, non è solamente quello che è commesso in danno di una giovane di età minore, e punito in conseguenza dagli articoli 354-337 e 355-338 del codice penale; esso è anche quello commesso a danno di una giovine di età maggiore. Per convincersene basta riportarsi alla legge penale in vigore all'epoca della redazione del codice civile, legge la quale non puniva altro ratto se non quello di una giovine minore di anni quattordici (codice del 1791, parte II, titolo II, sezione I, articolo 31). La legge non si è certamente preoccupata di un reato commesso in circostanze in cui la maternità è quasi impossibile, nel permettere le indagini della paternità.

(2) Questa pruova è autorizzata dal codice sardo (articolo 186, 1°), il quale vieta altronde le indagini sulla paternità. Tuttavia questo codice esige che il possesso di stato sia provato per iscritto, e non permette di agire se non durante la vita del padre (*).

(*) Il testo francese porta *et ne permet d'agir qu'après la mort du pere:* però ho creduto correggere quest'errore, che sarà certamente di stampa, perchè nell'articolo 185 del codice sardo si dice: « L'azione però non potrà essere proposta che *pendente* la vita del padre. »—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

buire. E di vero, l'articolo 8, il quale ammette la pruova della paternità per mezzo del possesso di stato, è una disposizione puramente transitoria, applicabile solamente ai figli di cui il padre fosse morto prima della promulgazione della legge. Per quanto concerne i figli che aveano ancora il padre loro, se ne parla negli articoli 10, 11 e 12, ed allora la legge dell'anno II richiede un riconoscimento autentico. Questi ultimi articoli sono stati interpretati officialmente come escludenti qualunque altra specie di pruova, e per conseguenza il possesso di stato [1].

Tale erasi il sistema del dritto intermedio, e non v' ha cosa che indichi, dalla parte dei redattori del codice, che esigono formalmente un riconoscimento autentico [articolo 334-257], l'intenzione d' innovare, ammettendo, in una data circostanza, le indagini sulla paternità. Comprendesi peraltro agevolmente che il legislatore non doveva occuparsi del caso sventuratamente troppo raro, perciocchè nello stato d'incertezza che trae seco sempre la paternità naturale, l'abbandono è la regola generale, ed il possesso di stato l'eccezione. La quistione è stata risoluta in questo senso *in terminis* da un arresto di Limoges del 27 agosto 1811. Noi abbiamo veduto [numero 172] che la corte di cassazione non ha ammesso il possesso di stato, anche per quanto riguarda la maternità. Essa quindi si spinge sino a dichiarare inammessibile la pruova dell'identità di colui che ha riconosciuto un figlio naturale, quando questa identità è impugnata [cassazione 18 giugno 1851].

176. La facoltà di fare indagini sulla paternità naturale che esisteva altravolta in Francia, ritrovasi anche oggi presso la maggior parte dei popoli, principalmente in Alemagna, nella Svizzera, in Inghilterra, negli Stati-Uniti (*). Però, non essendo facile la pruova diretta della paternità, si presta volentieri credito alla dichiarazione della madre [2] per applicazione della celebre massima del presidente Fabro *Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo praegnantem esse* (3).

Nondimeno in quella guisa in cui nell'ultimo stato della nostra giurisprudenza (4) erasi alla fine riconosciuta la necessità di una informazione

(1) Vedi il rapporto del ministro di giustizia, inserito in una deliberazione del Direttorio del 12 novembre anno V.

(*) L'articolo 163 del codice generale austriaco pel Regno Lombardo-Veneto ammette generalmente le indagini sulla paternità naturale; però il modo in cui è regolata l'ammessione della pruova può talvolta dar luogo ad equivoci. L'articolo è così concepito: « Quegli che nel modo « prescritto dal Regolamento del processo civile è convinto di avere avuto commercio colla madre della prole nello « spazio di tempo a contare dal quale insino al parto non siano trascorsi nè meno di sei, nè più di dieci mesi, come « pure quegli che ciò confessa anche stragiudizialmente soltanto, si presume aver « generato la prole. »

Questo sistema porta con se l'inconveniente che se una donna ha avuto commercio con due uomini nello spazio di tempo intermedio tra il decimo ed il sesto mese prima del parto, costoro, convinti del fatto, potranno essere entrambi dichiarati padri della prole. — *Il Traduttore.*

(2) Secondo la legge inglese, il giuramento della madre innanzi al giudice di pace autorizza, solamente a chiedere una cauzione da colui che è dichiarato padre, sinchè la giustizia non abbia dato la sua decisione (Blackstone, libro 1, capitolo XVI, § 3.

(3) *Cod. defin.* lib. IV, titolo XIV, defin. 18.

(4) Arresto del parlamento di Parigi del 15 aprile 1712.

Digitized by Google

preliminare dei costumi della madre; le legislazioni moderne, che hanno statuito sopra materie tanto delicate, hanno permesso al padre di opporre alla dichiarazione fatta contro di lui diverse eccezioni, fondate sulla condotta anteriore della madre, o benanco sull'impossibilità del fatto (1). In questo modo si ritorna al vero significato della massima *creditur virgini*, che suppone una prima debolezza: però, bisogna confersarlo, la supposizione, sino a pruova contraria, di una precedente virginità è più verosimile nella Svizzera che a Parigi (2). Sotto un altro rapporto i codici svizzeri vanno più oltre dei nostri antichi parlamenti, perciocchè, onde liberare le località dai pesi che loro impongono i trovatelli, essi ammettono le indagini di officio sulla paternità.

I principii del codice civile sono stati per l'opposto adottati, con talune modificazioni, dai codici posteriori delle Due Sicilie, di Sardegna e di Olanda.

Finalmente la legislazione più bizzarra su questo assunto è quella della Luigiana la quale porta l' impronta della schiavitù e della distinzione delle razze. Le indagini sulla paternità sono completamente ammesse in favore dei figli liberi e bianchi. Per quanto concerne i figli di cólore, essi non sono ammessi a tali indagini se non quando sono liberi, e colla condizione di non dover designare per padre loro se non un uomo di colore (3).

TERZA DIVISIONE

Ammessibilità della pruova testimoniale nel criminale.

177. La pruova testimoniale, noi l'abbiamo già detto, non dev'essere considerata come esclusa o come ammessa per principio per la sola ragione che si contenda innanzi alla giurisdizione civile, o alla giurisdizione criminale. Non debbesi avere riguardo alla natura del tribunale ma a quella della controversia. Per ogni dove le convenzioni debbono essere regolarmente provate per iscritto; per ogni dove i semplici fatti possono essere provati con testimonii. Tra le due giurisdizioni non havvi differenza che dal più al meno, in questo senso che per lo più trattasi di convenzioni nel civile, e di semplici fatti nel criminale.

178. In qual guisa i tribunali criminali possono impadronirsi di quistioni relative a materie per le quali la legge non ammette la pruova testimoniale? Non trattasi certo del delitto che può essere sempre provato col mezzo di testimonii innanzi tutte le giurisdizioni (codice civile, articolo 1348-1302, 1°-1°): gli elementi non suscettibili di pruova testimoniale non sono costitutivi del delitto; essi non si presentano nella causa se non come quistioni pregiudiziali. Potendosi in tal modo operare la separazione, si è chiesto se debbasi rinviare ai tribunali civili la soluzione

(1) Vedi i codici dei Cantoni di Vaud, art. 188 e seguenti; di Berna, articolo 195 e seguenti; di Fribourg, articolo 222 e seguenti; di Argovia, articolo 220 e seguenti.

(2) Debbesi però confessare che il vantaggio di una legislazione uniforme per un paese, trovasi, sotto certi rapporti, compensata da molto gravi inconvenienti. Così le indagini sulla paternità, poco ammessibili nelle grandi città, lo sarebbero maggiormente nelle campagne, ove tutti si conoscono.

(3) Codice della Luigiana, articolo 226.

Digitized by Google

della difficoltà preliminare; per esempio, se, quando trattasi di distrazione di effetti consegnati a titolo di locazione, di deposito o di mandato (codice penale articolo 408-433, 4°), l'esistenza della locazione, del deposito o del mandato non possa essere stabilita se non innanzi i tribunali civili.

La falsa persuasione che la sola pruova testimoniale fosse stata sempre ammessibile nel criminale, ha tratto taluni scrittori a credere, come lo decideva l'antica giurisprudenza e sinanco quella dei primi tempi che seguirono la promulgazione del codice, che la giurisdizione criminale debba in simile ipotesi dichiararsi imcompetente. La conseguenza era logica, poichè non era possibile tollerare la violazione, per mezzo di una deviazione tanto facile delle regole proibitive della pruova testimoniale. Ma il punto di partenza era errato. Non v'era che cosa autorizzasse supporre che queste regole fossero proprie della giurisdizione civile, e di conseguenza l'inconveniente che volevasi evitare era chimerico. Se il legislatore avesse tra le due giurisdizioni stabilito questa linea di demarcazione che non si trova sanzionata in nessun luogo, allora avrebbe dovuto in un gran numero di casi sospendere l'azione pubblica, sinchè non si fosse profferita sentenza sull'azione civile, ma per l'opposto quello che prescrivesi dall'artic. 75 del codice d'istruzione criminale si è la sospensione dell'azione civile, quando si è intentata l'azione pubblica. La legge che investe lo stesso tribunale del dritto di decidere sull'azione pubblica e sull'azione civile, non ha essa avuto di mira la moltiplicità delle procedure? Non dobbiamo forse sempre, nella mancanza di una derogazione formale, attenerci al principio che ritroviamo nel dritto romano [1], il quale prescrive che il giudice dell'azione sia giudice dell'eccezione? Noi vedremo, egli è vero, che vi sono notevoli restrizioni a questa regola; ma tali restrizioni, quando sono state introdotte, sono sempre state considerate come contrarie al dritto comune [2]. Dovrassi adunque, nei casi ordinarii, abbracciare il partito più semplice, quello di lasciare che il tribunale criminale giudichi l'incidente, ma sottoponendolo per la pruova alle restrizioni alle quali sarebbe sottoposto un tribunale civile. Questo è parimenti l'avviso che prevale nella giurisprudenza, e quello che è notevole si è che la corte di cassazione, ha approvato all'unanimità coll'adesione di Merlin, a 12 novembre 1813, una nota redatta in questo senso [1].

379. Le principali eccezioni al principio che il tribunale criminale rimane investito della quistione pregiudiziale, conformandosi, se vi è luogo, alle prescrizioni del dritto civile, sono relative alla proprietà immobiliare ed allo stato delle persone.

180. Nella legislazione romana erasi già riconosciuto che non conviene decidere per via d'incidente le quistioni concernenti dritti reali immobiliari. In tal guisa taluni reclami che supponevano implicitamente la proprietà, quando essa non era ben certa, erano respinte coll'eccezione, *quod praejudicium praedio non fiat* (2).

(1) Vedi principalmente il titolo *de ordine judiciorum*, nel codice.

(2) Vedi precisamente sugli articoli 326 e 327 del codice civile, l'esposizione dei motivi di Bigot de Préameneu ed il discorso del tribuno Duveyrier.

(3) Vedi questa nota in fine del primo volume del *Trattato dell'azione pubblica e dell'azione civile* del signor Mangin, che sparge tanta luce su queste delicate materie.

(4) Africano, leg. 16 e leg. 18, dig. *de exceptionibus*.

Digitized by Google

Le nostre leggi non hanno in nessun luogo formulato un principio generale di questa natura; ma sembra che taluni testi ne suppongano l'esistenza, e la giurisprudenza, penetrata dell'importanza della proprietà immobiliare, lo ha sin da molto tempo generalizzato. La prima traccia di questa idea si ritrova nella legge del 29 settembre 1791, sull'amministrazione forestale [titolo XIX, articolo 12], il quale si esprime in questi termini:

« Se in un giudizio per riparazione « di delitto si elevi una controversia « incidentale di proprietà, la parte che « ne forma un'eccezione dovrà chia- « mare il procuratore generale sin- « daco del dipartimento della situa- « zione dei boschi, e fornirgli copia « dei suoi documenti, entro gli otto « giorni da quello della proposta ec- « cezione; in mancanza di ciò, si pro- « cederà innanzi nel giudizio del de- « litto, restando riservata la quistione « di proprietà. »

Sebbene questa legge sia la sola che abbia stabilito una simile regola, nondimeno la corte di cassazione ha opinato, con qualche fondamento, che niuna ragione positiva circoscrive questa decisione alle materie forestali. Così la nota del 1813, conforme alla sua costante giurisprudenza, ritiene che la proprietà degl'immobili rientri specialmente nel demanio dei tribunali civili. Più di recente il codice forestale ha con talune modificazioni sanzionato questa teorica nell'articolo 183 così concepito:

« Se in un giudizio per riparazione « di delitto o di contravvenzione l'im- « putato eccepisce un dritto di pro- « prietà o altro dritto reale, il tri- « bunale investito della querela sta- « tuirà sull'incidente, conformandosi « alle seguenti regole: L'eccezione « pregiudiziale non sarà ammessa se « non quando sarà poggiata, o sopra « un titolo apparente, o sopra fatti « di possesso equivalenti, personali « all'imputato e da lui articolati con « precisione, e quando il titolo pro- « dotto o i fatti articolati siano di « natura tale, nel caso che siano ri- « conosciuti dall'autorità competen- « te, da togliere al fatto che serve « di base al procedimento, ogni ca- « rattere di delitto o di contravven- « zione. Nel caso di riserva in linea « civile, la sentenza stabilirà un breve « termine entro il quale la parte che « avrà promosso la questione pregiu- « diziale, dovrà portare innanzi ai « giudici competenti la conoscenza « della causa, e giustificare le sue « istanze [1], altrimenti, si proseguirà « il giudizio. »

L'articolo 59 della legge del 15 aprile 1829 sulla pesca nei fiumi riproduce presso a poco le medesime disposizioni pei delitti relativi alla pesca.

Sembra adunque che il *legislatore* abbia adottato la teorica della corte di cassazione, ma con talune saggie modificazioni. È d'uopo infatti: 1° che il mezzo invocato sia tale da togliere al fatto incriminato qualunque carattere di delitto; per conseguenza invocherebbesi a torto il dritto di proprietà per giustificare la turbativa di un possesso annale [corte di cassazione, 5 luglio 1828]; 2° che questo mezzo sia personale all'imputato; sarebbe quindi inammessibile l'eccezione colla quale egli intendesse provare che l'immobile sul quale egli è accusato di aver commesso un delitto, non appartenga alla parte avversa, ma ad un terzo [corte di cassazione, 22 marzo 1839 e 29 dicembre 1843]; 3° che vi sia un principio di pruova

(1) Una semplice citazione adunque non sarebbe sufficiente per sodisfare al voto della legge (cassazione 18 settembre 1840).

Digitized by Google

del dritto allegato risultante o da un titolo apparente, o da fatti di possesso articolati con precisione; perciocchè, se fosse altrimenti, qualunque imputato pretenderebbe di avere agito nella qualità di proprietario. Per evitare di conseguenza che non si tenti di guadagnar tempo in questo modo, il legislatore prescrive inoltre lo stabilimento di un termine breve per risolvere la quistione pregiudiziale, come ha fatto anche in altre occasioni [1].

È a notarsi che in questa materia si applica il principio *reus excipiendo fit actor*, nel senso che spetta all' incolpato proseguire l' istanza e far la pruova del suo dritto reale innanzi al tribunale civile. Tuttavia si è mossa in proposito una seria difficoltà per quanto concerne i procedimenti eseguiti nell' interesse dei particolari. Il testo del codice forestale [articolo 189] e della legge sulla pesca nei fiumi [articolo 68] obbliga formalmente l'imputato, anche in questa ipotesi, a fare la pruova del suo dritto innanzi la giurisdizione civile. La corte di cassazione con un arresto di rigetto del 12 agosto 1837 aveva dapprima deciso che questa è una disposizione eccezionale; che, all' infuori delle materie forestali e fluviali, al solo ministero pubblico compete il dritto di riversare sull' imputato il peso della pruova, e che, in caso d'istanza spiegata da una parte civile, devesi proferire un rinvio puro e semplice, senza pregiudicare la quistione sull'obbligo della pruova. Se questa distinzione fosse fondata, bisognerebbe censurare la legislazione speciale la quale mette, in tutti i casi, il peso della pruova a carico dell'imputato, perciocchè non vi sarebbe alcuna ragione per istabilire una regola affatto speciale per le materie forestali o fluviali. Abbracciando in prosieguo una teorica più ragionevole, la corte di cassazione ha riconosciuto che gli articoli precitati non sono altro se non l'applicazione del dritto comune, ai termini del quale l'imputato che risponde: *Feci, sed jure feci*, deve giustificare la verità dell'asserzione sua. Essa ha di conseguenza applicato a qualunque procedimento correzionale le disposizioni dell'articolo 182 del codice forestale [cassazione 27 novembre 1845 e 26 dicembre 1846].

181. Niuna disposizione delle nostre leggi si presta ad una simile estensione, per quanto concerne la proprietà mobiliare. Quindi la corte di cassazione ha sempre ritenuto [2] che le quistioni incidentali relative a tale proprietà possono essere risolute dal tribunale criminale.

182. Una eccezione di un' altra natura, ma non meno importante, è stata consagrata dal codice civile, relativamente alle quistioni di stato. Secondo l'articolo 326-248 di questo codice, i tribunali civili sono i soli competenti per pronunziare sui richiami di questo genere. È ben chiaro che in questa disposizione non trattasi della competenza diretta, che non vi sarebbe alcun ragionevole motivo di attribuire alla giurisdizione criminale, ma bensì della competenza indiretta, la quale apparterrebbe per dritto comune ad una tale giurisdizione, pel solo fatto di trovarsi questa investita della conoscenza di un delitto che si lega ad una quistione di stato.

L' articolo 327-249 spingesi più

(1) Vedi precisamente l'articolo 174-183 codice civile, e l' articolo 357-461 codice di procedura civile.

(2) Nota del 12 novembre 1813, confermata da numerosi arresti.

Digitized by Google

oltre ancora. Avrebbesi potuto disporre, come in materia di proprietà immobiliare, d' intentarsi l' azione, salvo a sospenderne il corso sino alla decisione sulla quistione civile pregiudiziale. Quest'andamento, che era stato proposto in consiglio di Stato, permetteva almeno di fare i primi atti della procedura, di assicurarsi della persona dell'imputato, di raccogliere le disposizioni dei testimonii, ec. Nulla di tutto questo permettesi dall'articalo 327-249, il quale prescrive che l' azione criminale contro il delitto di soppressione di stato non possa intraprendersi se non dopo la sentenza definitiva sulla quistione di stato. Qui la derogazione alle regole ordinarie è sopra ogni dire gravissima. Non trattasi qui, come nella disposizione del codice forestale, generalizzata dalla giurisprudenza, di stabilire un termine per agire innanzi i tribunali civili. Non era possibile stabilire un termine dove non trattasi di un mezzo di difesa messo innanzi dall' imputato, ma di una quistione preliminare a qualsivoglia procedimento. L'azione civile è rimasta interamente libera, ed il silenzio delle parti, silenzio che può bene esser comprato, tiene indefinitamente nell'inazione il pubblico ministero.

Quale motivo può aver dettato questa strana restrizione, che ha tratto seco più d'una volta l'impunità scandalosa dei delitti più pericolosi nelle loro conseguenze?

Non bisogna cercarne altra all'infuori di quell' errore troppo accreditato, che considera la pruova testimoniale come necessariamente ammessibile nel criminale. Quest'errore rimonta all' antica giurisprudenza. « In materia di reati, diceva nel 1724 « l'avvocato generale Gilbert des Voi« sins, nella causa della signora di « Choiseul, la legge non rigetta al« cun genere di pruova. » Quindi riusciva agevole stabilire la filiazione senza alcun principio di pruova per iscritto, prendendo la via dell'*informazione*, come dicevasi allora, invece d'investire la giustizia ordinaria [1].

Per occorrere a questo pericolo, inevitabile nel sistema che si abbracciava, taluni, sin da quell' epoca, proponevano di sospendere il procedimento criminale. Ma l'avvocato generale respingeva questo rimedio eroico, che consisteva nel sopprimere una facoltà importante, onde evitarne l' abuso. « Rigettare, *dice* « egli, indistintamente tutte le ac« cuse di questa natura, fino a quan« do lo stato non sia civilmente pro« vato, importa proteggere il colpe« vole, importa procurare l'impunità « del reato, importa urtare *aperta*« mente coi più ovvii *principii* delle « materie criminali. Ma autorizzare le « accuse senza discernimento e senza « scelta, non importa forse aprire « il campo ad un artifizio pericoloso, « che può, sotto l'apparenza di una « scusa frivola, non tendere real« mente ad altro che a procurarsi « una pruova testimoniale, sempre « difficile a fare ammettere nella li« nea civile? Quest' artificio è fre« quente nella pratica; ma esso non « è sfuggito allo sguardo penetrante « della giustizia, ed è già molto tempo « che la prudenza ha trovato il mezzo

(1) L'avvocato generale, nel dolersi che si possa in tal guisa provare il proprio stato troppo facilmente, ammette come certa l'influenza del criminale sul civile. Noi vedremo, quando parleremo della cosa giudicata, che questa influenza, impugnata da taluni scrittori, debbesi anche oggi riconoscere. Se si negasse siffatta influenza, il risultato del procedimento criminale non produrrebbe più nel civile che un pregiudizio puramente morale, del quale non vi sarebbe ragione di tener conto.

Digitized by Google

« di ripararvi. Quando il titolo del-
« l'accusa ha qualcha relazione col
« civile, la complicazione del civile
« e del criminale non impedisce or-
« dinariamente la giustizia di per-
« mettere dapprima l' informazione;
« ma se essa scorge che in questa
« informazione non ad altro si è
« posto mente che a far la pruova
« nel civile e che si è trascurato il
« criminale, essa riguarda il titolo
« di accusa come un *pretesto* ado-
« perato per ingannarla; essa disap-
« prova senza ostacolo tutto quello
« che ha fatto, e lo riforma, lo di-
« strugge. »

Questa giurisprudenza non rendeva subordinato in un modo assoluto il criminale al civile [rigetto, 25 brumajo anno XIII]; essa l'asciava sinanco intatta l' azione del ministero pubblico, che non poteva essere sospetta di frode; ma essa concedeva soverchia latitudine al giudice criminale, il quale ammetteva o respingeva a suo talento la querela, secondo che a lui sembrava più o meno fondata.

Il progetto del codice tendeva a rimettere in vigore i veri principii della materia, astringendo il ministero pubblico, quando egli promuove un'azione criminale per soppressione di stato, alla necessità di un principio di pruova per iscritto [articolo 19 del progetto]. Questo non era altro che l'applicazione della teorica, adottata pienamente in prosieguo (numero 178) dalla corte di cassazione, secondo la quale le regole sulla pruova testimoniale non sono attribuitive di giurisdizione, e gl'incidenti civili devono essere decisi dai tribunali criminali, ma senza abbandonare le prescrizioni stabilite pel dritto civile. Sventuratamente a quell'epoca questa soluzione tanto semplice e ragionevole non era ancora prevalsa. Il sistema del progetto fu rigettato, probabilmente senza essere stato compreso, e per non ricadere nell'arbitrario dell'antica giurisprudenza, si tagliò il nodo gordiano, decidendo che qui, in opposizione a quanto viene ordinariamente praticato, è il civile quello che tiene in sospeso il criminale.

Il codice olandese, illuminato dall' esperienza sui pericoli di questa restrizione, ritornò al sistema che non potè trionfare nel nostro consiglio di Stato. L' articolo 323 di questo codice, dopo avere riprodotto l' articolo 327 del codice civile, aggiunge: « Nondimeno il pubblico mi-
« nistero potrà, nel silenzio delle
« parti interessate, intentare l'azione
« criminale per soppressione di sta-
« to, purchè esista un principio di
« pruova per iscritto. In quest' ul-
« timo caso l' azione pubblica non
« sarà sospesa dall' azione civile. »
Sembra difficile che possano meglio di come prescrive questo sistema conciliarsi gl'interessi della giustizia penale, la quale grida contro una scandalosa impunità, e quello del riposo delle famiglie, il quale esige che i richiami di stato siano anzi che no fondati sopra una base solida.

183. Onde attenuare le increscevoli conseguenze del sistema consagrato dal codice civile, Merlin [1] sostiene che per l' *azione criminale* di cui parla l'articolo 327-249, debbesi intendere l'azione intentata dalle parti civili, e che di conseguenza il pubblico ministero conserva la pienezza della sua libertà. Questo sistema, dettato da motivi lodevoli, non è in armonia nè col testo, nè collo spirito della legge. Sarebbe stato veramente strano che il legislatore avesse qualificato per azione

(1) *Quistioni di dritto*, v. *Quistioni di stato*, § II.

Digitized by Google

criminale quella che intentasi dai particolari per riparazione del danno cagionato, ad esclusione dell'azione per l'applicazione delle pene, la quale è l'azione criminale per eccellenza. Per quanto concerne poi l'intenzione del legislatore, essa è stata a sufficienza addimostrata per la esclusione degli articoli del progetto, i quali tendevano precisamente ad ammettere, mediante qualche restrizione, l'*azione criminale intentata d'officio*. Per siffatte ragioni la corte di cassazione ha respinto la teorica di Merlin con un arresto di rigetto del 30 marzo 1813, che è stato seguito da numerose decisioni nello stesso senso [*].

184. Non potendo la proibizione dell'articolo 327-249 essere in tal guisa elusa, si è chiesto quale estensione debba avere questa regola; qual significato debbasi dare alle parole *soppressione di stato*.

Un punto sul quale tutti sono d'accordo, e sul quale peraltro eransi date chiarissime spiegazioni nelle discussioni preparatorie del codice civile, si è che pei delitti relativi alla persona del figlio, senza compromettere lo stato di lui, per esempio, pel ratto o l'esposizione (codice penale articolo 345, 349-403 e seguenti) può intentarsi procedimento penale senza che siasi preventivamente spiegata alcun' azione civile (cassazione, 4 agosto e 1° ottobre 1842) [**].

Quand' anche la questione sottoposta alla giurisdizione criminale fosse relativa allo stato, se la soluzione che essa deve ricevere lascia intatti i dritti e la posizione del figlio, l'azione pubblica sarà parimenti ammessibile *de plano*. Così un arresto di rigetto del 28 dicembre 1809 dichiara ben fondato, nel silenzio delle parti, il procidimento di falso contro di una persona accusata d'aver firmato, assumendo il nome del marito, l'atto di nascita del figlio di una donna maritata. E difatti questo figlio non era interessato nel litigio, perciocchè la falsità della firma non poteva annullare una iscrizione regolare e conforme in tutto alla legge (***).

Una simile decisione autorizza a procedere *de plano* contro un padre accusato d'aver fatto iscrivere come nato vivo un fanciullo nato morto, onde operare la revoca di una do-

(*) Vedi nello stesso senso: Cassazione, 9 febbrajo 1810, 2 marzo 1809, 20 pratile e 10 messidoro anno XII, 25 novembre 1808 e 24 luglio 1823; Alta-Gadonna, 12 maggio 1823; v. ancora: Cadrès, *Figli naturali*, num. 276; Zachariae, tomo IV, § 547 *bis*, num. 5, ed i suoi annotatori Aubry e Ren; Valette, note sopra Proudhon, *Trattato dello stato delle persone*, tom. II, p. 93.—*Il Traduttore*.

(**) Uniformi: Cassazione, 26 settembre e 12 dicembre 1823, e 8 aprile 1826; Cadrès *Figli naturali*, num. 276; *Discussione presso il consiglio di Stato* (Locrè, Legislazione, t. VI, p. 102 e 161, n. 15). La corte di cassazione a 25 maggio e 4 luglio 1831 decise che il fatto di aver segretamente deposto in un ospizio, senza averlo fatto iscrivere sui registri dello stato civile, un fanciullo al quale la legge attribuiva il possesso di stato di figlio legittimo, costituisce il misfatto di soppressione di stato, e non quello di soppressione della persona stessa del fanciullo. Questa è anche l'opinione di Carnot, *Commentario* del codice penale, t. II, p. 148. La stessa corte però decise il contrario con arresto del 17 agosto 1833.—*Il Traduttore*.

(***) La dichiarazione fatta ad un uffiziale dello stato civile, che una donna siasi sgravata di un figlio nato morto, allorchè non vi è stato parto, costituisce un falso in iscrittura pubblica, e non la supposizione di un fanciullo ad una donna che non ha partorito. V. Cadrès, *Figli naturali*, num. 276; Tolosa, 17 ottobre 1839. —*Il Traduttore*.

Digitized by Google

nazione trà vivi (1). Anche qui la filiazione del fanciullo non era messa in dubio. O esso era effettivamente nato vivo, ed allora i suoi dritti non erano impugnati; o egli era morto nel nascere, come lo sosteneva l'accusa, ed allora egli non aveva alcun dritto. Si ritrovano nei monumenti della giurisprudenza moltissime decisioni della stesso genere, che dichiarano l'articolo 327-249 inapplicabile, quando la filiazione del fanciullo non è compromessa.

185. Ma dobbiamo noi forse progredire più oltre, e, anche nel caso in cui il fatto incriminato abbia direttamente relazione ad una soppressione di stato, punire il fatto materiale, quando esso è indipendente dalla soppressione di stato, sebbene non siasi intentata alcun'azione civile? Quindi si è mosso dubio se sia permesso di punire come reato speciale l'alterazione, col mezzo di processi chimici, di registri dello stato civile, onde farne sparire il contenuto, e sostituirvi atti falsi, tendenti ad attribuire ad un figlio naturale una filiazione legittima. Merlin, innanzi la corte di cassazione, sostenne energicamente che dovevasi fare astrazione dello stato, che non era l'oggetto di alcun richiamo civile, per tener conto della falsificazione, la quale, presa isolatamente, e qualunque ne fosse stato il tenore, tanto degli atti cancellati, quanto di quelli sostituiti, cadeva evidentemente sotto l'applicazione del codice penale.

Questa distinzione ragionevole venne respinta dall'arresto di rigetto del 30 maggio 1813 (2). È increscevole che da un cattivo principio siansi in tal guisa dedotte delle conseguenze che non erano in esso strettamente contenute. La medesima corte ha giudicato con maggiore saggezza ed ha saputo far prevalere lo spirito dell' articolo 327-249 sulla sua lettera, autorizzando il pubblico ministero (arresto del 2 luglio 1819) ad aprire un procedimento, in un caso in cui l' azione civile era divenuta impossibile, perchè la persona di cui avrebbe potuto sopprimersi lo stato era morta senza lasciare eredi [*].

186. È cosa non messa in controversia che l' articolo 327-249 non è di ostacolo alla decisione dei tribunali criminali sulle quistioni di filiazione, quando esse si presentano come puri incidenti la di cui soluzione lascia intatta la controversia del merito sullo stato, nel caso che ne sorgesse in prosieguo. Quindi, ai termini di un arresto di rigetto del 15 gennajo 1818, una corte di assise non oltrepassa le sue attribuzioni, quando dichiara ammessibile l'intervento di una parte a cagione dei legami di parentela che l' uniscono colla vittima di un assassinio sottoposto al giudizio della corte medesima. Una simile decisione non pregiudica per nulla la quistione della parentela, se non per quanto concerne il dritto alla riparazione civile, perciocchè sotto tutt'altro rapporto la quistione medesima può essere riprodotta innanzi i tribunali.

(1) Vedi un arresto di rigetto delli 8 luglio 1824; vedi ancora due altri arresti di rigetto in casi analoghi, del 1 agosto 1336 e del 4 luglio 1840.

(2) Fatti di tal natura non rimarrebbero tuttavia impuniti. Si ammetterebbe sempre sussidiariamente la reclusione, pronunziata dall'articolo 439 del codice penale contro coloro che distruggono atti dell' autorità pubblica. La pena del falso sarebbe quella dei lavori forzati a tempo (articolo 147, *ibid.*)

(*) Unif. Cadrès, *Figli naturali*, num. 276; Mangin, *Trattato dell'azione pubblica*, t. I, n. 190, p. 439.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

La corte di cassazione si è pronunziata nello stesso senso sopra una quistione molto più grave, cioè i rapporti di paternità e di filiazione considerati come circostanza aggravante dell'assassinio (rigetto del 27 novembre 1812 e 19 settembre 1839). Il principio che il giudice del principale è giudice dell' incidente, principio che non potrebbe essere distrutto senza imbattere nelle più involucrate complicazioni di procedimenti, riprende allora tutto l'impero suo.

187. Le parole *richiamo di stato*, *soppressione di stato*, negli articoli 326-248 e 327-249 del codice civile, hanno un significato particolare che non corrisponde allo *status personarum* in generale. Essi si riferiscono unicamente alla filiazione. Per quanto concerne le altre quistioni relative allo stato delle persone, principalmente per quanto concerne il matrimonio, non essendo affatto applicabile il motivo erroneo che ha dettato la soppressione dell' azione pubblica, non si è mai messo in dubio che, tanto innanzi ai tribunali civili, quanto innanzi ai tribunali criminali, possano i fatti provarsi per mezzo di testimonii. Quindi l'articolo 198 sop. vuole, per l'opposto, che l' iscrizione nei registri dello stato civile della decisione criminale che riconosce la celebrazione del matrimonio sia bastevole ad assicurare i dritti degli sposi. Si è dunque con ragione annullato (li 8 maggio 1828) un arresto col quale una corte di *assise* si dichiarava incompetente, nel silenzio delle parti civili, per giudicare una persona accusata d'aver preso i nomi e le qualità di un altro, nell'atto di celebrazione del suo matrimonio. Era questo un disconoscere stranamente il vero significato degli articoli 326-248 e 327-249.

Ma la stessa corte di cassazione non è stata interamente esente dell'errore che tende a generalizzare i principii del codice civile in materia di quistioni di stato. Noi alludiamo alla sua teorica sulla bigamia, nel modo in cui essa risulta dalla sua giurisprudenza e dalla sua nota del 1813 sulle quistioni pregiudiziali. La corte ammette, egli è vero, la competenza della giurisdizione criminale per valutare la validità del secondo matrimonio, perciocchè in questo secondo matrimonio giace, per così dire, il corpo del delitto; ma essa non riconosce in questa giurisdizione il potere di pronunziare sulla nullità (1) del primo matrimonio, che si allegasse come mezzo di difesa.

« Questo genere di nullità, dice « la nota del 1813, non può essere « giudicato dai tribunali criminali, « perchè lo stato civile dell'*imputato* « dipende dalla sentenza che dev'es- « sere profferita, ed i tribunali ci- « vili, giusta l'articolo 326-248 del « codice civile, sono i soli competenti « a giudicare sulle quistioni di stato. »

Questo importa ricadere nel medesimo equivoco sul significato della parola *quistioni di stato*. Altronde quest' argomento prova troppo. Se le quistioni di matrimonio sono realmente quistioni di stato, con qual titolo la giurisdizione criminale può conoscere anche della validità del

(1) Si suppone che trattisi di una nullità assoluta, perciocchè la corte di cassazione, in opposizione all'antica giurisprudenza, vuole che le nullità relative, lasciando sussistere il matrimonio sinchè non sono state proposte, possano distruggere l'accusa di bigamia, quand' anche la seconda unione fosse stata contratta da quello dei conjugi che aveva il dritto di giovarsi di tale nullità. Questa rigorosa opinione è ingegnosamente combattuta dal signor Mangin (*Trattato dell'azione pubblica e dell'azione civile*).

Digitized by Google

secondo matrimonio? Non dovrebbesi forse in tal caso applicare l'articolo 327-249, e sospendere l'azione pubblica, sino a che non fosse intentata l'azione civile?

Si dirà forse, come da taluni si è preteso, che il codice civile (articolo 189-sopp.) vuole che in ogni caso la validità o la nullità del primo matrimonio sia giudicata preliminarmente? Ma in questa disposizione, puramente relativa all'ordine della procedura, non havvi cosa che indichi un'altra giurisdizione, punto del quale il legislatore non si è per nulla occupato nel trattare delle nullità del matrimonio. Del resto non è certo che la corte di cassazione persista in una teorica la quale non poggia sopra ben solide basi. Dopo aver vagato nella sua precedente giurisprudenza, essa approvò questa teorica all'unanimità all'occasione della redazione della nota del 1813; dopo quell'epoca essa non ha avuto occasione di pronunziarsi in questo senso che una sola volta, con arresto di rigetto, e dopo discordanza di pareri, a 16 gennajo 1821.

188. Sulle quistioni pregiudiziali relative alle materie speciali, si possono consultare gli scrittori che si sono particolarmente occupati di tali quistioni, e principalmente il trattato del signor Mangin, num. 226 e seguenti. Noi citeremo, per esempio, le interpretazioni degli atti dell'autorità amministrativa, che la legge del 16 fruttidoro anno III attribuisce esclusivamente a quest'autorità; e le contestazioni *sul merito* dei dritti per quanto concerne le contribuzioni indirette, contestazioni che non possono essere giudicate che dai tribunali civili (1), giusta la legge del 28 ventoso anno XII (titolo V, artic. 88).

189. Riassumendo, essendo i principii sulla pruova i medesimi in tutte le giurisdizioni, non havvi, in generale, luogo a rinvio innanzi ai tribunali civili, per una quistione preliminare non suscettibile della pruova testimoniale; la giurisdizione criminale deve ritenere l'incidente e giudicarlo secondo le regole del dritto civile. Questa decisione applicasi senza difficoltà alle convenzioni incidentalmente sottoposte ai tribunali criminali. Per quanto concerne la proprietà se si tratta di mobili, non havvi alcuna derogazione alla regola la quale prescrive che il giudice dell'azione sia giudice dell'eccezione; se trattasi d'immobili, l'importanza del litigio dà luogo al rinvio innanzi il tribunale civile, ma in tal caso la quistione preliminare dev'essere diffinita entro un termine stabilito. In materia di filiazione, il timore mal fondato dell'ammessibilità indefinita della pruova testimoniale ha fatto sospendere l'azione pubblica sino allo sperimento dell'azione civile, interversione dei principii fondamentali del nostro dritto criminale, che non deve essere estesa al di là di quello che concerne la *soppressione di stato*. Finalmente, pel matrimonio, noi non veggiamo alcun testo che faccia cessare la competenza del giudice criminale, proclamata, all'incontro, dall'art. 198 del codice civile. Sembra adunque ragionevole autorizzare sempre questo magistrato a statuirvi, senza distinguere, come si vuol fare in caso di bigamia, tra il primo ed il secondo matrimonio.

190. Indipendentemente dalle quistioni preliminari, noi, per dar termine a quanto concerne l'ammessibilità

(1) Tuttavia una semplice controversia incidente ad un processo verbale di contravvenzione o di sorpresa può essere diffinita dal tribunale di polizia correzionale (rigetto, 11 maggio 1839).

Digitized by Google

dei testimonii nel criminale, dobbiamo far conoscere l'importanza affatto speciale che hanno i processi verbali in talune materie, come sono le dogane e le contribuzioni indirette [1].

Ordinariamente, ai termini degli articoli 154, 189 e 242 del codice d'istruzione criminale, può farsi la pruova per mezzo di testimonii, in mancanza di processi verbali, quand' anche si tratti d' infrazioni delle quali avrebbesi dovuto stendere atto, per esempio di quelle che sono relative alle proprietà rurali e forestali (2). Ma l'importazione delle mercanzie, la circolazione delle derrate, in contravvenzione alle leggi fiscali, sono fatti talmente fuggitivi, che si è sentito il bisogno di non autorizzare in simil caso il procedimento se non quando siavi un processo verbale regolare [3]. La giurisprudenza ha costantemente interpretato in questo senso le leggi del 19 brumajo anno IV e 9 fiorile anno VII, al pari del decreto del 1° germinale anno XIII. La pruova testimoniale è solamente ammessibile, giusta una distinzione che risulta dalla combinazione dei testi, onde permettere la confisca degli oggetti sorpresi, che sarebbe pericoloso restituire agl'imputati nella mancanza di un processo verbale regolare.

Relativamente all'ammenda ed alla prigionia, si riconosce da tutti generalmente la necessità assoluta di un processo verbale per giustificare la condanna. Egli è vero che si è voluto [4] assimilare questa obbligazione legale a quella derivante dall'articolo 1341-1295 del codice civile per le convenzioni, e farne di conseguenza cessare l'applicazione nel caso in cui esista un principio di pruova per iscritto contro l' imputato; ma, quando trattasi di delitti speciali non v'ha cosa che autorizzi una eccezione tanto estesa ad una regola adottata precisamente per dare una base solida a procedimenti di cui l'esercizio, spesso vessatorio, solleva nella pratica vivi reclami.

APPENDICE ALLA PRIMA SEZIONE

PRUOVA TESTIMONIALE IN SECONDO GRADO

Pruova per pubblica fama.

191. Ci rimane a dire poche parole sulla pruova testimoniale in secondo grado, val quanto dire quella che tende a stabilire, non già il fatto allegato, ma solamente una prima testimonianza, in una parola a provare la pruova medesima, perciocchè avviene molto spesso che le deposizioni non siano state direttamente percepite, e che ci vengano trasmesse per mezzo della testimonianza.

192. È evidente che la pruova si affievolisce in ragione della lontananza dalla sua sorgente. Son noti gli adagi di Loysel, i quali non sono altro che l'espressione della ragione e del buon senso (5): *Un seul oeil a plus de crédit que deux oreilles n'ont d'*audivi. — *Ouïr-dire va par*

(1) Vedi il capitolo II del *Trattato dei processi verbali in materia di delitti e di contravvenzioni*, del signor Mangin, opera che, sebbene inferiore al *Trattato dell'azione pubblica e dell'azione civile*, è anch'essa feconda di utili ammaestramenti.

(2) Vedi principalmente un arresto di cassazione del 18 marzo 1836.

(3) Ma la sorpresa effettiva non è indispensabile, come lo prova il signor Faustin Helie, *Instr. crim.*, tom. IV, § 260.

(4) Vedi Bourguignon sull'articolo 16 del codice d'istruzione criminale.

(5) *Instit. consuetud.*, titolo delle pruove.

Digitized by Google

ville, et eu un muid de cuider n' y a point plein poing de savoir [*].

Di conseguenza non si dovrebbe giammai ricorrere alle pruove di secondo grado, quando possono adoprarsi quelle di primo grado (1). Così il giudice, quando dubita dell'esattezza delle relazioni a lui somministrate sugl'indizii che la natura dei luoghi può presentare, deve egli stesso recarsi sul luogo. Nella stessa guisa la legge prescrive in generale di stare all'originale di un atto, quando quest'originale esiste [codice civile articolo 1334-1288].

La stessa regola debbesi applicare ai testimonii. I secondi testimonii non possono essere chiamati a riprodurre la dichiarazione dei primi, se non quando i testimonii diretti siano morti o nell'impossibilità di deporre. Inoltre questa medesima circostanza che non è più possibile di sentire i primi, deve indurre il giudice ad esaminare con accuratezza se siavi qualche indizio di frode; perciocchè senza dubio quegli che vorrà calunniare senza esporsi ad essere smascherato, non mancherà di attribuire un racconto menzognero ad una persona dalla quale non potrà temere una mentita. È necessario adunque che un testimonio sia doppiamente credibile perchè si possa attribuir fede alla sua deposizione, quando questa non cade se non sopra un *si-dice*; a ragion più forte la pruova sarà estremamente debole quando dovrassi percorrere una serie più o meno complicata, prima di arrivare alla testimonianza diretta.

193. Altravolta, quando vincolavasi il convincimento dei giudici con regole formulate *a priori*, respingevasi puramente e semplicemente la testimonianza *ex auditu alieno*. Secondo Pothier (2) « se il testimonio diceva che egli lo sapeva per « averlo inteso dire ad un terzo, la « sua deposizione non faceva pruova. » Nondimeno le deposizioni fondate sopra li *si-dice* potevano essere ammesse in taluni casi, quando erano accompagnate dalle seguenti condizioni: 1° che il testimonio avesse saputo il fatto da persone che fosservi state presenti; 2° che egli nominasse queste persone; 3° che queste persone fossero state degne di fede e nel numero per lo meno di due; 4° che vi fosse stata impossibilità di sentirle personalmente (3).

La legislazione attuale non comporta alcuna restrizione di questa natura relativamente all'ammessibilità della pruova testimoniale. Solamente, le condizioni che imponeva l'antica dottrina alla testimonianza di secondo grado, possono essere ammesse dal giudice, come elementi di ragione e di esperienza. Su questo punto, non che su tutto quello che concerne la valutazione delle testi-

(*) Trattandosi di adagi che difficilmente possono trovare la corrispondenza in un'altra lingua, ho creduto doverli lasciare nell'originale francese. Però non dispiacerà sentirne approssimativamente la traduzione: « Merita maggior fede uno che dica di aver veduto, anzichè due che dicano di avere inteso.—Quando il *si-dice* va passando per le bocche di molti, di una botte di *si-dice* non se ne può ritenere di vero nemmeno un pugno. — *Il Traduttore.*

BONNIER

(1) È questa una delle applicazioni del principio generale stabilito con ragione dalla giurisprudenza inglese (Philipps, *on the Law of Evidence*, lib. 1, capit. VII, sez. VI). Bisogna sempre produrre la miglior pruova che comporti la causa (*the best evidence of which the nature of the thing is capable*).

(2) *Trattato delle obbligazioni*, numero 821.

(3) Vedi Merlin, *Repertorio*, v. *Pruova*, sezione II, § 3, articolo 2, num. 8.

Digitized by Google

monianze, come vedremo in prosieguo, riesce impossibile stabilire anticipatamente delle regole fisse. Come determinare *a priori* il punto in cui comincia la verità e dove finisce l'errore? Nei casi in cui la pruova testimoniale è ammessibile, i testimonii possono certamente deporre *ex auditu proprio aut alieno*, salvo al giudice tenere quel conto che di ragione delle testimonianze in secondo, in terzo grado, ec.; ma se sin dal principio i fatti di cui una parte domanda di far la pruova non poggino che sopra taluni *si-dice*, i giudici dovranno, in generale, dichiararla inammessibile.

194. Infatti la pruova per *pubblica fama* non è dal legislatore autorizzata se non in taluni casi eccezionati. Nulla di più vago o di più arbitrario di una pruova nella quale si consulta l'opinione pubblica, per chiedere quello che essa pensi sopra tale o tal'altro fatto, senza aver l'obbligo di verificare in un modo diretto questa pericolosa testimonianza. Di conseguenza non la si ammette se non come un estremo espediente, in favore delle persone i di cui interessi si trovano abbandonati all'altrui discrezione.

Le parti alle quali la legge accorda questa importante prerogativa sono: la donna maritata o i suoi eredi, quante volte la mancanza, per parte del marito, d'inventario dei beni a lei ovvenuti può compromettere gl'interessi (codice civile, articoli 1415, 1504); e gli eredi del conjuge premorto, quando il superstite non ha fatto inventario della comunione (*ibid.*, articolo 1442-1406). Egli è vero che se gli eredi sono maggiori di età, si può dire che essi debbono imputare a loro medesimi di non aver vigilato alla difesa dei loro interessi, e potremmo essere tentati a ricusare loro una facoltà così straordinaria, poichè era in poter loro evitare qualunque difficoltà provocando la confezione dell'inventario. Ma limitare l'applicazione dell'articolo 1442-1406 del codice civile agli eredi minori, come ha fatto la corte di Caen, a 4 gennajo 1840, importa allontanarsi dal testo generale della legge, e dall'intenzione del legislatore, tale quale essa si rileva dai lavori preparatorii del codice(*). Bisogna adunque, come ha fatto la stessa corte, a 19 gennajo 1832, accordare la stessa latitudine a tutti gli eredi, onde non mettere i loro interessi alla discrezione del conjuge superstite. Da un altro canto, ritiensi generalmente che debbesi, per identità di motivi, estendere la disposizione dell'articolo 1442-1406 a tutti i casi in cui la negligenza di un tutore o altro amministratore legale metta i minori o gl'interdetti nell'impossibilità di procurarsi una pruova regolare dei loro dritti. La legge accorda ad essi in ogni circostanza un favore uguale per lo meno a quello che essa concede alle donne maritate; e non vi sarebbe rigore sufficiente contro un contabile, il quale pel suo dolo o per sua colpa grave, si è messo nell'impossibilità di presentare una giustificazione in buona forma, onde discaricare la sua responsabilità.

195. Ma non bisogna estendere la pruova per pubblica fama ai casi in

(*) L'opinione seguita dalla corte di Caen era stata precedentemente sostenuta da Toullier, tom. 13, num. 5. Essa però venne energicamente combattuta da Troplong, *contratto del matrimonio*, num. 1284, la di cui dottrina è conforme a quella di Odir, t. 1, num. 360; Rodier e Pont, t. 1, num. 762; Fenet, tom. 13, p. 731. Questa teorica è del pari conforme all'interpretazione data da Duveyrier nel suo discorso al tribunato. V. Locrè, tom. 5, p. 422.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

cui era permesso di procurarsi una pruova più regolare.

Così la corte di Bourges, a 27 luglio 1825, decise con ragione non essere ammessibile la pruova di questo genere di una società tacita che era esistita anticamente tra due fratelli.

Ma dall'essere permesso di far sentire testimonii per provare le società di questa natura, che non solevansi stabilire per mezzo di scrittura, non ne segue per nulla che debbano ammettersi testimonii che depongano dietro vaghi rumori, senza avere alcuna conoscenza personale dei fatti.

A ragion più forte debbesi rigettare questa pruova nel caso in cui la legge esige una pruova scritta. Così, nella comunione ridotta agli acquisti, richiedendo la legge che la mobiglia esistente all'epoca del matrimonio sia comprovata da un inventario o stato in buona forma [codice civile articolo 1499-sop.], non è più permesso di sostenere oggi che gli sposi siano ammessibili a giustificare le loro relazioni anche per pubblica fama, come venivano ammessi altravolta. Se si permette alla moglie o ai suoi eredi di provare in questo modo il valore della mobiglia ovvenuta alla moglie durante il matrimonio, e della quale il marito non ha fatto redigere inventario [*ibid.*, articolo 1504-sop.], ciò avviene quando si dà precisamente uno di quei casi eccezionali nei quali doveansi proteggere gl' interessi della moglie: prima del matrimonio, per l'opposto, gl'interessi dei due sposi sono nell' egual modo protetti, e quindi una pruova rendesi indispensabile. Questo è stato deciso dalla corte di Poitiers, li 6 maggio 1836. La corte di cassazione, nel rigettare il ricorso prodotto avverso una decisione che aveva giudicato nello stesso senso, ha aggiunto, egli è vero, nei motivi della sua decisione, [3 agosto 1831] che un inventario o stato di tal natura non è assolutamente indispensabile; ma v'ha molta distanza da questo all'ammessione della pruova per pubblica fama.

196. Il possesso immemorabile, ammesso altravolta in talune consuetudini, principalmente come mezzo di provare le servitù, non fondavasi unicamente, come spesso si è creduto, sulla pubblica fama. Giusta un arresto del parlamento di Tolosa del 3 luglio 1715, che riassumeva su questo assunto l'antica teorica [1], era necessario che i testimonii deponessero aver avuto personalmente conoscenza dei fatti di possesso per lo spazio di quaranta anni *de visu*, ed avere inteso dai loro antenati che costoro ne erano stati del pari testimonii.

Siccome bisognava avere quattordici anni per essere reputato avere avuto legalmente conoscenza dei fatti, ne viene di conseguenza che, in un esame testimoniale sul possesso immemorabile, un testimonio non poteva essere ricevuto se non dopo l'età di cinquantaquattro anni. In conseguenza varie corti [Agen, 8 gennajo 1833; Pau, 15 marzo 1834] hanno con ragione deciso che, nel caso in cui il codice civile permette di stabilire in questo modo l'esistenza di antiche servitù (codice civile articolo 691-612) è necessario che i testimonii intesi avessero già attinta l'età di cinquataquattro anni all' e-

(1) La prima menzione delle regole sulla pruova del possesso immemorabile si trova in un testo di Labeone, che forma la legge 28 del digesto *de probationibus*.

Digitized by Google

poca della promulgazione di questo codice [1]. Scorgesi bene che la pruova del possesso immemorabile merita oggi più che mai il nome di *piscatio anguillorum*, che le era stato dato dagli antichi dottori.

197. All'incontro, una pruova per pubblica fama che non ha nulla di straordinario si è la verificazione della stessa opinione pubblica, principalmente nelle quistioni di possesso di stato, nelle quali si ricerca, per esempio [codice civile, articolo 321-243], se un figlio sia stato costantemente riconosciuto come legittimo nella società. È ben chiaro che in tal caso i testimonii non possono deporre che sopra l'opinione pubblica, poichè la quistione principale versa precisamente su questa quistione.

198. Finalmente, nel caso in cui la pruova per pubblica fama è ammessa in un modo eccezionale, essa diviene un modo tanto legale quanto qualunque altro, del quale sarebbe arbitrario restringere l'estensione. Dobbiamo adunque riconoscere colla corte di Bordeaux [arresto del 20 giugno 1826] che la pruova per pubblica fama ha forza non solamente in faccia all'amministratore che ha trascurato di fare inventario, ma benanco in faccia ai terzi.

SECONDA SEZIONE

Amministrazione della pruova testimoniale.

199. Dopo aver veduto quando la pruova testimoniale è ammessa per le nostre leggi, noi dobbiamo esaminare in qual modo questa pruova si fornisce nella pratica. L'esame dei testimonii, che era svincolato da qualunque legame di forma nella romana legislazione, dall'antica giurisprudenza venne involucrato in una moltitudine di procacciate difficoltà. Si è questa la materia in cui il sistema delle pruove legali, del quale noi abbiamo fatto conoscere la pericolosa tendenza, ha sofferto le più singolari applicazioni. Noi vedremo che più non sussistono oggi se non taluni vestigi del sistema che, invece di sottoporre le testimonianze alla coscienza del giudice, formavane, per così dire, una tariffa. Però presso di noi, nelle materie civili ordinarie, si è conservato un altro uso che derivava sino ad un certo punto da questo sistema, cioè la mancanza di pubblicità nell'esame dei testimonii, mentre la pubblicità è stata stabilita nel criminale.

L'amministrazione segreta della pruova testimoniale non venne nel medio evo introdotta se non lentamente, ed in seguito di circostanze particolari. Montesquieu [2] opina che la reazione contro il dibattimento giudiziario, che era essenzialmente pubblico, abbia indotto alla segretezza dell'esame dei testimonii, onde proteggere questi contro le provocazioni delle parti. La necessità di delegare le funzioni del tribunale ad un commessario, in caso di lontananza dei testimonii [num. 202], l'istituzione dell'appello che contribuì a rafforzare l'uso di giudicare sopra documenti debbono annoverarsi del pari fra le cause di questo memorabile cambiamento nei costumi giudiziarii. L'esempio dei tribunali ecclesiastici, i quali furono i primi a rinunziare alla pubblicità, sembra avere anch'esso influi-

(1) Tuttavia questa, nella legislazione moderna, non è una regola di dritto positivo di cui la violazione possa dare adito a cassazione (rigetto del 20 novembre 1837 e 1 luglio 1839).

(2) *Spirito delle leggi*, libro XXVIII, capo XXXIV.

Digitized by Google

to sulle abitudini dei nostri giudici, massime all'epoca del soggiorno dei Papi in Avignone.

Checchè ne sia, fu solamente sotto Francesco 1°, nel 1539, che si stabilì in tutte le materie il principio del segreto dell'esame dei testimonii. E siccome in quei tempi volevasi ad *ogni modo far poggiare* sulle leggi *di Roma* le teoriche le più straniere *alle idee* dei giureconsulti romani, si pretese essersi ritrovato il segreto dell'esame dei testimonii in una costituzione di Zenone [1]. Ma le espressioni *judicantis intrare segretum*, adoperate dall' imperatore, riferisconsi unicamente al locale in cui risiede il giudice, e non mai ad una procedura occulta, della quale non havvi traccia, neanco ai tempi del Basso-Impero [2].

Questo stato di cose arrecò forse in origine qualche utilità. L' introduzione di una procedura tecnica e delle sue forme sottili tendeva ad allontanare l' amministrazione della giustizia dagli uomini di spada, per concentrarla nelle mani dei legisti. Ma gl'inconvenienti del nuovo sistema continuarono ad aver vita molto tempo dopo che ne era venuta meno l'utilità. Le ordinanze del 1667 e del 1670 conservarono il segreto, tanto nel civile che nel criminale [3].

Finalmente l'Assemblea costituente, colla legge del 29 settembre 1791, decise che in materia criminale i testimonii siano pubblicamente intesi all'udienza. Li 7 fruttidoro anno III, la Convenzione profferì un decreto che fece la medesima innovazione in materia civile. Sventuratamente questo decreto si contentò di stabilire il principio, senza determinare regole per l' esecuzione, il che fu cagione di estrema confusione negli esami dei testimonii. Si fu per questa ragione che una determinazione consolare del 18 fruttidoro anno VIII fece puramente e semplicemente ritorno all' ordinanza del 1667. Il codice di procedura, sebbene con molte rilevanti modificazioni, si è anch' esso appigliato al sistema dell' esame dei testimonii senza pubblicità. Per l'opposto, innanzi i tribunali criminali la pubblicità delle deposizioni dei testimonii non ha cessato di aver vita sin dal 1791 (*).

200. Esistono forse delle buone ragioni per istabilire tra le due giurisdizioni una linea di demarcazione così scolpita? Riesce molto difficile giustificare in tesi generale siffatta distinzione. Essa è stata combattuta non solo da teorici qualche volta sospetti di soverchia ardiezza come Bentham, ma benanco da Boncenne, che è sempre preoccupatissimo dei bisogni della pratica, e da Boitard, che ha una mente saggia ad un tempo ed elevata. I vantaggi che offre la pubblicità, tanto per permettere ai giudici di afferrare la verità osservando l'accento dei testimonii, l'espressione delle loro fisonomie, il loro contegno tutto intero [4]; quanto per assicurare la veracità dei testimonii col mezzo della sorveglianza di un

(1) Legge 14, codice *de testibus*.

(2) Vedi novella 90, cap. IV.

(3) Eravi tuttavia questa differenza assenziale tra le due giurisdizioni, che in materia civile esisteva il segreto in questo senso solamente che i testimonii non facevano all' udienza le loro dichiarazioni, mentre in materia criminale era vietato ai cancellieri dar comunicazione delle informazioni (ordinanza del 1670, titolo VI, articolo 15).

(*) Questo sistema è interamente seguito dalle leggi del nostro regno.—*Il Traduttore*.

(4) Adriano diceva in questo senso (legge 3, § 3, *dig. de testibus*): *testibus se non testimoniis crediturum*;

Digitized by Google

uditorio che può sovente smentirli, sono assolutamente identici nell'uno e nell'altro caso.

I rimproveri diretti al sistema della legge del 7 fruttidoro anno III dall'oratore del tribunato, all'occasione della presentazione del codice al corpo legislativo, si riducono a tre: il timore che i testimonii non siano intimoriti dall'apparato dell'udienza; il pericolo di risse tali da compromettere la dignità del tribunale; finalmente l'inconveniente di occupare il tribunale tutto intero, e non un giudice solamente.

Le due prime objezioni provano troppo, perciocchè esse tenderebbero a far credere che la pubblicità è eminentemente pericolosa in materia criminale, dove interessa maggiormente che i testimonii siano al coverto da ogni minaccia, e dove le passioni, delle quali si teme l'esplosione, sono molto più vivamente eccitate. Eppure l'esperienza ha condannato cotali timori, che si sono molto raramente realizzati in quei luoghi ove la pruova testimoniale è stata fatta all'udienza.

La terza critica è più grave sotto il punto di vista della pratica. La necessità d'impiegare tre giudici invece di un solo, per unico servizio, potrebbe imbarazzare un gran numero di tribunali, già sorvechiamente gravati di affari. Egli è vero che a questa objezione si risponde che la legge si contradice da se medesima, poichè essa prescrive l'esame pubblico dei testimonii in materia sommaria; ma chi non vede che, quando trattasi di un piccol numero di testimonii, è più semplice l'ascoltarli subito, anzicchè rimandarli innanzi un giudice commessario, per prendere in seguito conoscenza dei processi verbali; mentre, quando l'esame dei testimonii deve riuscire molto lungo, il rinvio farà guadagnare al tribunale un tempo considerevole? Certamente la procedura scritta ha anch'essa le sue lungherie, per ragione delle nullità che vi si possono ad ogni piè sospinto invocare; ma questi incidenti, i quali peraltro non sono se non eventuali, assorbiscono essi in termine medio tutto il tempo che richiederebbe l'esame pubblico dei testimonii? Ciò può mettersi in dubio. L'esperienza del cantone di Ginevra, dove la pubblicità dell'esame testimoniale venne nelle materie civili ripristinata colla legge di procedura del 1819, non potrebbe essere per noi decisiva. In fatti, giusta l'esperienza del signor Bellot, il termine medio degli esami testimoniali nel tribunale civile di Ginevra non sorpassava il numero di cinque per ogni anno. In quel paese ove il peso era tanto leggiero il sopraccarico non potè essere molto sensibile. Noi saremmo inclinati a credere, non già che l'esame testimoniale pubblico non sia migliore di quello segreto, ma che un cambiamento di legislazione in questa materia non potrebbe improvvisarsi, e dovrebbe combinarsi con una modificazione dell'organizzazione giudiziaria, che l'adattasse a questa importante riforma.

201. Entrando ora nei dettagli dell'attuale legislazione, occupiamoci dapprima dell'esame dei testimonii nelle materie civili ordinarie, dove si sono meno abbandonate le orme dell'antica giudisprudenza.

PRIMA FORMA DELL'ESAME TESTIMONIALE

Esame testimoniale scritto

(Materie civili ordinarie)

202. La delegazione di taluni magistrati per andare a raccogliere le

Digitized by Google

deposizioni, delegazione motivata in origine dalla lontananza dei testimonii, è antichissima nella nostra pratica francese: « Tali persone, « dice Beaumanoir, che hanno l'in« carico di ascoltare testimonii, sono « chiamate *auditori*, perchè esse deb« bono ascoltare quanto vien detto « *dai testimonii*, e fare scrivere il « *loro detto*, e suggellarlo col loro « suggello, e riportare il detto dei « testimonii scritto e suggellato al» l' udienza, innanzi ai giudici che « debbono pronunziare sulla lite[1].»

Noi troviamo infatti negli *Olim*, i quali riportano le decisioni del parlamento di Parigi sia dal tempo di san Luigi, un numero considerevole di arresti profferiti in seguito di esami testimoniali [2]. Noi abbiamo sinanco varii esami testimoniali originali, che rimontano al tempo di Filippo Augusto [3]. Gli *auditori* o *enquêteurs* procedevano dapprima pubblicamente [4], cioè alla presenza degl' interessati. Ma bentosto s' introdusse l 'uso di fare semplicemente assistere le parti al giuramento dei testimonii, onde esse avessero potuto proporre le loro ricuse. Terminato l'esame dei testimonii, eravi *peuplement*, cioè comunicazione dell'esame testimoniale.

Tale fu l' andamento che rimase in vigore nella procedura civile ove notificavasi il risultato dell'esame testimoniale, indi discutevasi all' udienza. Nella procedura criminale si andò più lungi ancora: essendo scomparsa la pubblicità stessa dell'udienza, per effetto del sistema generalizzato nel 1539, *l'informazione*, ossia l'esame dei testimonii, divenne interamente segreto.

In tutte le materie, la delegazione dell'esame testimoniale, avvezzando i tribunali a giudicare sopra documenti, contribuì potentemente alla trasformazione della procedura. Nei parlamenti furono stabilite delle camere speciali, conosciute sotto il nome di *camere degli esami testimoniali*, onde decidere le cause nelle quali eravi luogo alla pruova testimoniale: *Pro audiendis et decidendis inquestis*, dice un'ordinanza del 1291, *sedeant quatuor personae de consilio*. La forma degli esami testimoniali scritti era nell'antica giurisprudenza regolata dall' ordinanza del 1667. Noi vedremo che il sistema di giusta ordinanza, già migliore di quella del dritto anteriore, è stato di nuovo notabilmente migliorato dal codice di procedura civile.

203. Noi getteremo dapprima un colpo d'occhio sull'insieme dell'esame testimoniale. Noi ricercheremo in seguito per mezzo di quali sanzioni la legge ha assicurato l'assistenza e la veracità dei testimonii; poscia quali sieno le persone la di cui dichiarazione sia respinta d' una maniera più o meno assoluta.

(1) « Telles manieres de gens, qui sunt baillié pour oir tesmoins, sunt appelés *auditeur*, porce que ils doivent oir ce que li tesmoins diront, et fere escrire lor dit, et seeler de lor seaus, par devant les jugeurs à qui la querele apartient à jugier.» Beaumanoir, cap. XL.

(2) Vedi i curiosi dettagli dati dal signor conte di Beugnot sui più antichi esami testimoniali, nella prima nota del suo lavoro sugli Olim.

(3) Vedi questi testi alla fine della nota citata.

(4) L'*inquisizione*, specie di esame testimoniale (*inquisitio*), era anch'essa pubblica nella sua origine. Si fu il Papa Bonifacio VIII quegli che v'introdusse il segreto, sotto pretesto del pericolo che potevano correre i testimonii.

Digitized by Google

§. I. *Andamento generale dell'esame testimoniale.*

204. La stessa diffidenza, che fece notevolmente retringere l'ammessibilità della pruova testimoniale, ha indotto il ligislatore ad imporre agli esami testimoniale talune forme rigorosa, la inosservanza delle quali trae a nullità. Sembra, che anche nel caso in cui questa pruova è stata ricevuta in materia civile, la si vòglia rinserrare entro una specie di cerchio di Papilio, fuori del quale siale interdetto di muoversi. Ma questo rigore ottiene forse lo scopo che la legge si è proposto?—Noi scenderemo ben tosto ad un tale esame quando avremo elementi bastevoli per poterci decidere con cognizione di causa.

205. Quando può essere ordinata una pruova testimoniale? Debbesi necessariamente supporre una procedura già incominciata, di cui la pruova testimoniale sarebbe un'incidente ai termini dell'articolo 252-347 del codice di procedura, il quale prescrive di articolare i fatti per mezzo di un semplice atto di conclusione, di patrocinatore a patrocinatore; ovvero debbesi dire che questo articolo statuisce semplicemente *de eo quod plerumque fit*, ed ammettere le pruove testimoniali *in futurum* abolite dall'ordinanza del 1667 [1]?

Non può contrastarsi in fatto che queste pruove testimoniali possano offrire dell'utilità. Si può temere di vedersi privato, all'epoca della scadenza dell'obbligazione, di un testimonio essenziale, quando esso sia avanzato in età, ammalato, o sul punto d'intraprendere un lungo viaggio. La parte la quale domanda di fare a sue proprie spese una pruova testimoniale la quale ben presto diverrebbe impossibile, merita estremo favore, e l'opposizione della parte avversa in simile circostanza sente molto di mala fede [2].—Questa procedura era stata dal dritto canonico attinta in un testo di Ulpiano [3], nel quale questi decide che l'applicazione dello editto Carboniano, il quale rimandava all'epoca della pubertà del figlio il giudizio delle quistioni di stato che lo riguardano, deve cessare quando havvi una giusta ragion di temere, che i testimonii vengano a mancare: *aut stulti, aut iniqui praetoris erit rem differre* [4].

Quale motivo indusse adunque i redattori dell'ordinanza del 1667 ad abolire queste pruove testimoniali? L'abuso che se ne era fatto nella pratica? Sulla semplice allegazione della malattia o del prossimo viaggio di un testimonio importante, ottenevasi dalla cancelleria il permesso di fare una pruova di questa natura, senza comunicazione alla parte contraria, e quando l'esame testimoniale era condotto a termine, il testimonio moribondo ricuperava la salute, ovvero il testimonio viaggiatore rinunziava alla partenza sua. Questi abusi parvero talmente radicati nel secolo XVII, che non si ebbe speranza di emendarli, e si preferì la soppressione dell'istituzione.

Siffatti inconvenienti non possono più riprodursi. La cancelleria non ha più facoltà di ordinare l'amministrazione di una pruova che non

(1) Titolo XIII, articolo I.

(2) Bene inteso che le spese della pruova testimoniale sono a carico di colui che la provoca, come l'ha deciso la corte di Besancon, li 31 agosto 1844.

(3) Legge 3, § 5, Dig. de *Carboniano edictu*.

(4) Vedi anche Paolo, legge 40, Dig. *ad legem Aquiliam*.

Digitized by Google

sia stata permessa dai tribunali; non vi si potrebbe dunque procedere mai se non con cognizione di causa. Le forme dell'esame dei testimonii richiedono imperiosamente la comunicazione all'altra parte. Non havvi adunque la ragione che allora esisteva, e l'abrogazione pronunziata dall'ordinanza *non è più riprodotta* dal codice *di* procedura, il quale non altro appresta in sostegno della proibizione, che un argomento *a contrario*. Con ragione adunque le corti di Nimes [arresti dei 6 gennaro e 29 marzo 1808] e di Rennes [arresto del 31 dicembre 1809] hanno, per giusti motivi, autorizzato l'esecuzione provvisoria della pruova testimoniale ordinata in prima istanza, non ostante appello, al di là dei casi in cui questa esecuzione è autorizzata. La corte di Besançon [31 agosto 1844] ha autorizzato una perizia ed una pruova testimoniale *ad futurum*; la corte di Parigi [20 marzo 1835 e 27 dicembre 1836] una perizia della stessa natura [in senso contrario, Rennes, 18 marzo 1821]. Nè potrebbe sostenersi che in simil caso è sufficiente far deporre i testimonii innanzi un notajo. Una pruova testimoniale che non è fatta in contradizione, non può apprestarmi una vera guarentigia contro la mala fede del mio avversario. L'ammessione di questa procedura mette per altro le regole sulla pruova testimoniale in armonia perfetta colle disposizioni della legge sulla pruova scritta, le quali autorizzano la domanda di riconoscimento di scrittura prima della scadenza [1].

206. Si muove inoltre quistione se convenga in generale ammettere nella nostra legislazione le azioni dette provocatorie [*provocatio ad agendum*], che gli antichi interpreti facevano derivare dalla legge *si contendat* e dalla legge *diffamari*. La prima di queste due leggi è relativa al beneficio di divisione reclamato dalla cauzione. « Si contendat fidejussor caetoros solvendo esse, etiam « exceptionem ei dandam, si non et « illi solvendo sint [2] ». Potendo il fidejussore in tal modo convenuto costringere il creditore ad intentare nello stesso modo un'azione contro gli altri fidejussori, gl'interpreti tedeschi ne conchiusero essere sempre permesso costringere il presunto attore ad intentare la sua domanda entro un tempo determinato, quando havvi ragion di temere la perdita di taluni mezzi di difesa se si differisse la domanda. L'altro testo, quello che è servito di principale base alla giurisprudenza francese, è una costituzione di Diocleziano (3) concepita in questi termini: « Diffamari statum « ingenuorum, seu errore, seu mali« gnitate quorumdam periniquum est, « praesertim quum affirmes diu prae« sidens unum atque alterum inter« pellatum a te, vocitasse alteram « partem, ut contradictionem faceret, « si defensionibus suis confideret; unde « constat merito rectorem provinciae « commotum allegationibus tuis sen« tentiam dedisse ne de caetero in« quietudinem sustineres. Si igitur ad « hunc adversa pars perseverat in ea« dem obstinatione, aditus praeses « provinciae ab injuria temperari « praecipiet. »

Questa decisione, malgrado i reclami di taluni giureconsulti, fu ge-

(1) Il codice di procedura neerlandese (libro III, titolo VI, sezione XI) ha di recente consagrato il sistema della *pruova testimoniale provvisoria*, conosciuto negli antichi usi dell'Olanda sotto il nome di *pruova testimoniale valetudinaria*, a motivo dei timori relativi alla salute dei testimonii, che danno sovente luogo a questa speciale procedura.

(2) Legge 28, dig. *de fidejus.*

(3) Legge 5, codice *de ingen. manum.*

Digitized by Google

neralmente ammessa dall'antica giurisprudenza francese(1); i nostri parlamenti, fondandosi sopra un altro testo (2), permettevano a colui contro il quale una persona vantavasi d'avere talune azioni ad esercitare di costringere questa persona ad esercitare le azioni entro un tempo medesimo determinato, a pena di decadenza.

207. Se noi dovessimo qui esaminare la quistione in dritto romano, non ci riuscirebbe malagevole dimostrare che le disposizioni delle leggi *si contendat* e *diffamari* hanno un carattere assolutamente eccezionale, e che, secondo il rigore dei principii (3), appartiene all'attore solamente determinare quando gli convenga di agire (4). Ma non è per questo men vero che la teorica attinta in queste leggi, purchè non se ne faccia un abuso applicando importanza soverchia a proposizioni di niun momento, tende a reprimere un vero abuso; perciocchè colui che ha mezzi di difesa che è minacciato di perdere, deve avere la facoltà di mettersi in una posizione da conservarli, nè è meno necessare discorsi tali da compromettere la reputazione di un preteso debitore. Quindi molte legislazioni di Europa applicano anche attualmente questi testi della legge romana (5).

Presso di noi è evidente dapprima che quando le proposizioni allegate presenteranno un carattere ingiurioso, sarà il caso di applicare la legislazione speciale sulla diffamazione e sull'ingiuria, delle quali abbiamo esposto i principii [num. 56 e seguenti]. Quand'anche non vi fosse ingiuria, se havvi danno, compete l'azione per riparazione civile, ai termini dell'articolo 1382-1336 del codice civile. Questo in quanto alla legge *diffamari*.

Per quanto concerne la legge *si contendat*, ci sembra impossibile di generalizzarne l'applicazione, e di costringere il creditore ad intentare un'azione per la quale egli può avere bisogno assoluto di preparare maturamente i suoi mezzi. Noi saremmo quindi disposti a concedere solamente al convenuto eventuale, in taluni casi d'urgenza ben verificati, la facoltà di far pronunziare contradittoriamente sul valore dei mezzi da lui invocati, senza costringere per questo il preteso creditore ad esercitare l'azione principale [6], il che a noi sembra uscire di soverchio dalle regole ordinarie [7]. Noi dovremo del resto ritornare su questo assunto quando tratteremo del falso incidente (num. 514).

208. L'argomento *a contrario* che pretende cavarsi contro la nostra opinione dal testo dell'articolo 252-347, è molto debole, perciocchè questo articolo ha uno scopo tutto diverso, quello cioè di riprodurre una disposizione dell'ordinanza(8), la quale fu nel 1667 una salutare innovazione. Sino a quell'epoca i litiganti si notificavano ricorsi, repliche e con-

(1) Merlin, *Repert.*, v. *diffamari*.

(2) Diocleziano, legge, 4, codice *de usur. pupill.*

(3) Paolo, legge 5, § 6, dig. *de dolo mal.* except.

(4) Questa è anche l'origine della massima: *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua unt ad excipiendum*, poichè colui che aveva un'eccezione, non poteva farne uso entro un tempo determinato.

(5) Vedi Foelix, dritto *internazionale privato*, seconda edizione, num. 189.

(6) Nella specie della legge *si contendat* è a notarsi che non si costringe il creditore ad agire, ma solamente a dividere l'azione da lui intentata.

(7) Vedi in questa materia delicata gli arresti citati dal signor Devilleneuve e le sue osservazioni, anno 1850, part. II, p. I.

(8) Articolo XX, art. 2.

Digitized by Google

tro-repliche, sino a tanto che si fossero messi d'accordo sopra i fatti da provarsi; questo abuso fu all'epoca citata soppresso. Da ciò il semplice atto di conclusione, senza scrittura o ricorso, di cui parla il codice di procedura, atto il quale, nel pensiero dei redattori, non è opposto ad una citazione, alla quale essi non pensavano affatto, ma bensì ad un ricorso dettagliato; il quale è respinto dal codice in questo senso che esso non entrerebbe nella tassa delle spese [tariffa, art. 71-46, 4°]. Del resto non d'altro trattasi qui che di una quistione di tariffa e non già di una nullità.

La parte contraria deve, anch'essa per mezzo d'un semplice atto (lo stesso art. 252-347), negare o riconoscere i fatti nel termine di tre giorni. Si ritiene generalmente, come è stato deciso dalla corte di Colmar a 6 giugno 1822, che questo termine non è fatale, e che voi potete negare sinchè l'avversario non abbia preso atto del vostro silenzio (*). Se non havvi denegazione, i fatti *potranno* aversi, dice la legge, per confessati o verificati. Da ciò debbesi conchiudere non solamente che, nei casi in cui la confessione non fa pruova, come nelle quistioni di separazione personale, la pruova testimoniale dev'esser sempre ordinata, il che è evidente; ma ben'anco che, in tutti i casi, il giudice sarà autorizzato a valutare i motivi del silenzio del patrocinatore, per esempio, la mancanza di poteri e la lontananza del suo cliente, e ad accordargli un novello termine.

209. Supponendo che i fatti siano negati, la pruova non deve esserne ordinata (articolo 253-348 *ibid.*), se non sotto due condizioni: 1° Che essi siano ammessibili, val quanto dire concludenti e verosimili per se stessi, come è stato da noi dimostrato nelle nostre nozioni generali sull'andamento della pruova; 2° che la legge non ne proibisca la pruova, sia perchè essa vieti la rivelazione del fatto medesimo, come quando trattasi di una filiazione incestuosa o adulterina, sia perchè vieti solamente la pruova testimoniale, come nei numerosi casi nei quali noi abbiamo veduto che questa pruova non è ammessa.

La prima di queste due condizioni, quella che concerne l'ammessibilità dei fatti, è lasciata alla valutazione del giudice(1)[*]. La seconda solamente, quella che concerne l'estenzione delle proibizioni legali, può dare adito al ricorso in cassazione. Del resto, il tribunale, conformandosi alle stesse restrizioni, ha sempre la facoltà, di ordinare di ufficio la pruova [articolo 254-349 *ibid.*]. Per l'opposto, anche supponendo il concorso di tutte le condizioni richieste, il tribunale non è obbligato ad ordinare la pruova medesima quando una parte la reclama, se gli altri docu-

(*) Questa decisione venne seguita nello stesso senso da un'altra della corte di Bruxelles del 18 agosto 1831. (*Giorn.* di questa corte, 1831, n. 300). La stessa dottrina è insegnata da Delaporte, titolo 1, pagina 249; Favard. tit. II, pag. 344; Thomine, tit. 1, pag. 433; Dalloz, tit. VI, pag. 844, num. 3; Pigeau, *Comment.*, titolo 1, pag. 491; *Commentario degli annali del notariato*, tit. II, pag. 114; Carrè, art. 252, Q. 968, Chauveau, *ibid.* — *Il Traduttore.*

(1) È necessario però che il giudice dichiari i motivi della inammessibilità dei fatti. Se la sentenza si limitasse a dichiarare inammessibile la pruova testimoniale di tale o tal altro fatto, vi sarebbe luogo a ricorso per mancanza di motivi (cassazione 21 agosto 1840),

(*) Unif.: Limoges, 21 novembre 1826; cassazione, 21 giugno 1827, 2 marzo 1808, 22 marzo 1821, 7 dicembre 1831, 3 gennajo 1832, 24 agosto 1831, 22 dicembre 1832 7 marzo e 19 agosto 1834.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

menti della causa bastano per illuminarlo [rigetto, 9 novembre 1814, e 18 agosto 1836] (*).

La pruova contraria è di dritto (articolo 256-351 *ibid.*) Ma non bisogna confondere la contro-pruova, in cui si fornisce questa pruova contraria, colla pruova ugualmente principale, che tende a stabilire fatti diversi, e non semplicemente a contradire le proposizioni dell' attore. Così, ordinandosi una pruova testimoniale per istabilire contro di me l'esistenza di un credito di 150 franchi al più, io potrò, dal canto mio, senza aver fatto alcuna riserba nella sentenza interlocutoria, indicare dei testimonii per giustificare che io non ho mai contratto il debito. Ma se io sostenessi esservi stato pagamento o remissione, io allegherei un fatto nuovo, pel quale avrei bisogno di ottenere l'autorizzazione speciale di fare la pruova per mezzo di testimonii. Questa seconda pruova potrebbe, a sua volta, dar luogo ad una contro-pruova dalla parte dell'attore primitivo.

Ma se la contro-pruova non può versarsi sopra fatti che non siano la negazione diretta di quelli allegati dall'attore, l'attore medesimo potrà egli far cadere la pruova sopra punti che non siano stati indicati nella sentenza, la quale deve contenere i fatti da provarsi [articoli 255-350 *ibid.*]?

Non può mettersi in dubio che il giudice commessario può ricusarsi ad ascoltare deposizioni che escano dal cerchio tracciato dal tribunale: ma se, in fatto, simili deposizioni fossero state ricevute, possono i giudici tenerne conto per motivare la loro decisione?

In favore dell'affermativa ammessa da un arresto di rigetto del 4 febraro 1836, si dice che il tribunale, nell'articolare i fatti nei quali deve versarsi la pruova testimoniale, intende legare le parti, ma non legarsi esso stesso; che, purchè esso reputi nella sua coscienza vari i punti che sorgono dall'esame testimoniale, poco importa che tali punti siano con anticipazione indicati nel tale o tal altro atto.

Noi troviamo più conforme allo spirito della legge un arresto della corte di Bordeaux del 6 luglio 1840, il quale nega all'attore la facoltà di far sentire testimonii sopra fatti nuovi pel timore che questa facoltà non

(*) Uniform.: cassazione, 8 febrajo 1820, 19 dicembre 1830; Bruxelles, 27 marzo 1827, (*Giornale* di questa corte, 1827, 2, 61). Vedi nello stesso senso: Favard, t. II, pagina 344, num. 4; Dalloz, t. 1, pag. 437; Berriat, pag. 287, nota 20, num. 2; Boncenne, tom. IV, pag. 224; Carrè, art. 253, quist. 973, 3°; Chauveau; *ibid.* Vedi in senso contrario, Pigeau, *Comment.*, tom. 1, pag. 495.

È affidato alla prudenza del magistrato decidere la causa, malgrado la domanda di pruova, se, per le circostanze di fatto, la pruova si renderebbe inutile e superflua. Corte suprema di Napoli, arresto del 7 novembre 1836, nella causa Catalano e Catalano. V. *Gazzetta dei tribunali*, n. 178, quist. 2, pag. 588.

In fatto di pruove e di ammessione delle stesse la legge si rimette al prudente arbitrio dei giudici di merito, ed in ciò la loro pronunziazione non va soggetta a censura. Corte suprema di Napoli, arresto del 24 settembre 1830, nella causa principe d'Angri, e Kaiberti (v. *Gazzetta dei tribunali*, num. 510, pag. 576, quist. 4), e 6 agosto 1850, causa Amati e Farina (*Gazzetta dei tribunali*, num. 500, pagina 668).

In generale è lasciato all'arbitrio del giudice l'ordinare o il negare una pruova testimoniale, una verificazione di scrittura, un accesso sul luogo, una perizia, un interrogatorio, ec.; cassazione 6, 11 e 12 dicembre 1827. Quindi il tribunale può, sopra varii fatti articolati, ordinare la pruova degli uni, e ricusare quella degli altri; Rennes, 10 gennaro 1820.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

divenga un'agguato pel convenuto, il quale, rinserrato entro angusti termini, non potrebbe contradire proposizioni affatto impreveduta. Questa opinione rispetta maggiormente il principio della libertà della difesa, la quale richiede una completa eguaglianza di posizione tra le due parti (1). Ad ogni modo l'indipendenza del giudice non è compromessa, perciocchè egli può sempre ordinare una seconda pruova testimoniale, quando, nella prima, il litigio abbia preso un'aspetto novello.

210. Temendo che non si abbia facilità soverchia per sedurre i testimonii, la legge si è qui allontanata dalla latitudine che essa concede ordinariamente per l'esecuzione delle decisioni interlocutorie. Il primo di questi termini (articolo 257-352 *ibid*) corre, per le sentenze profferite in contradizione, dalla notificazione al patrocinatore, e per le sentenze contumaciali non suscettibili di opposizione, come quelle che sono profferite dopo la riunione di contumacia [*ibid.* articolo 153-247], dal dì della notificazione fatta alla persona o al di lei domicilio. « Se la sentenza è suscettiva di opposizione, aggiunge l'articolo 257-352, il termine « decorrerà dal giorno della scadenza « del tempo che è stabilito per l'opposizione. »

Non elevasi alcuna difficoltà quando trattasi di una sentenza contumaciale pronunciata contro una parte che abbia costituito patrocinatore. Gli otto giorni per intraprendere l'esame dei testimonii cominciano dopo che è spirato un primo termine di otto giorni a contare dalla notificazione fatta al patrocinatore, termine durante il quale l'opposizione è ammessibile (*ibid.*, articolo 157-251). Quando però trattasi d'una sentenza contumaciale profferita contro una parte che non abbia costituito patrocinatore, l'opposizione, ai termini dell'articolo 158-252, sarà ammessibile sino all'esecuzione della sentenza. Ma l'esecuzione della sentenza costituisce l'apertura dell'esame testimoniale, di conseguenza, se questa esecuzione fosse il punto di partenza del termine di otto giorni stabilito dall'articolo 257-352, bisognerebbe conchiudere che la legge accorda otto giorni per fare la pruova testimoniale, a cominciare dall'apertura della pruova stessa; il che è evidentemente contradittorio.

L'opinione più ragionevole, perfettamente messa in luce da Boitard (2), consiste nel supporre che il legislatore non abbia avuto sott'occhio la distinzione che egli, in opposizione all'ordinanza del 1667, aveva introdotto tra le due specie di contumacia; e che di conseguenza, tanto nel secondo caso quanto nel primo, *per termine dell'opposizione* debbesi intendere, come altrevolte, un termine di otto giorni a cominciare dalla notificazione della sentenza. E di vero, trattasi di esaminare, non fino a quando sia l'opposizione ammessibile, perciocchè essa lo è di fatto sino all'apertura

(1) Però, secondo il nostro avviso è uno spingersi troppo oltre quando si decide, come ha fatto la corte di Bordeaux con arresto del 26 giugno 1830, che la pruova non potrebbe versarsi sopra fatti nuovi, anche col consenso della parte contraria. In tal caso non havvi più alcun agguato da temere. Dello stesso modo noi abbiamo riconosciuto l'ammessibilità della pruova testimoniale in caso di consenso delle parti interessate (n. 135)(*).

(2) Commentario su quest'articolo 257.

(*) La dottrina enunciata nell'arresto della corte di Bordeaux del 26 giugno 1830 è anche sostenuta da Boncenne, tom. IV, pag 230 e da Carrè. V. Carrè, per Chauveau, art. 255, quist. 980. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

dell'esame testimoniale; ma bensì di vedere durante quel termine la facoltà di formare opposizione sospenda l'esecuzione della sentenza. Ebbene questo termine qui, come in tutti gli altri casi [articolo 155–249 *ibid.*], è di otto giorni, a cominciare dalla notificazione. I *termini dell' opposizione* non altro sono adunque che termini durante i quali l'esecuzione è sospesa per ragione della facoltà dell'opposizione. Questi termini si confondono con quelli dell'opposizione nella contumacia per mancanza di costituzione di patrocinatore: nella contumaciale di parte, all'incontro, il termine di otto giorni non produce altro effetto che quello di sospendere l'esecuzione, restando l'opposizione ammessibile negli otto giorni che seguono, fino a che non siavi esecuzione dell'esame testimoniale [*].

Il termine per interporre appello non è sospensivo; ma l'appello interposto, al pari della fatta opposizione, produce l'effetto suo ordinario, in opposizione a quanto prescrivevasi dall'ordinanza del 1667 [1].

La legge, in un interesse di celerità e d'economia, senza attenersi all'adagio: *Nemo fuorclude se medesimo*, adagio applicato dall'ordinanza del 1667, vuole che la notificazione della sentenza faccia decorrere i termini per aprire la prova testimoniale, non solamente contro la parte contraria ma ben'anco contro quella stessa che ha notificato la sentenza.

211. Noi usciremmo dal nostro argomento se ci soffermassimo alle nullità che possono sorgere, tanto dall'inosservanza di questi termini, che dall'irregolarità delle citazioni fatte alle parti o ai testimonii; il lettore può consultare le opere speciali sulla procedura. Noi osserveremo solamente che il punto di partenza di questi termini tanto rigorosi è una notificazione la quale può ritardare, e che ritarda sovente nella pratica. Noi vedremo che questa contradizione non è la sola che offra il sistema della legge.

212. L'ordinanza del 1667 (2) prescriveva che l'esame testimoniale si fosse realmente aperto entro gli otto giorni dalla notificazione. A datare da questa apertura cominciava il secondo termine di otto giorni, entro il quale l'esame testimoniale doveva essere condotto a termine. Così, salva la proroga per giusti motivi, tutto doveva essere compiuto entro quindici giorni dalla notificazione. Le cose camminavano in tal guisa con una estrema rapidità. Sventuratamente cotale sistema era spesso impraticabile. Siccome in esso non si teneva alcun conto della possibilità della lontananza dei testimonii, avveniva di sovente che il giudice non aveva alcun testimonio presente da sentire negli otto giorni dalla notificazione, ed eseguivasi in tal modo la legge d'una maniera derisoria, citando la prima persona che fosse venuta in mente, la quale dichiarava non saper cosa alcuna in ordine ai fatti allegati. Il termine di otto giorni, a cominciare da questa fittizia deposizione, diveniva a

(*) L'opinione di Bonnier è adottata da Thomine, sull'articolo 257, e da Chauveau, nota sopra Carrè, quistione 1004. Carrè, art. 257, quist. 1004; Confinières, *I. av.*, art. ed. t. 3, p. 250; Demiau, p. 202, e Boncenne, t. IV, pagina 247, ritengono che gli otto giorni non comincino a correre se non dal giorno in cui siasi ottenuta l'ordinanza del giudice commessario per l'apertura dell'esame testimoniale, decidendo che quest'ordinanza costituisce un primo atto di esecuzione della sentenza contumaciale.—*Il Traduttore.*

(1) Titolo XXII, articolo II.

(2) Titolo XXII, art. II.

Digitized by Google

sua volta insufficiente, e rendevasi assolutamente necessario ottenere una proroga.

Il codice di procedura non ha più voluto richiedere, il che è sovente impossibile entro un corto termine, l'apertura effettiva dell'esame testimoniale. « L'esame, dice l'articolo « 259-354, si reputa incominciato « per ciascuna delle parti rispettivamente dal momento in cui il giudice commessario rilascia l'ordine « di citare il testimonio per lo giorno « e per l'ora da esso indicata. »

Ma il punto di partenza del secondo termine di otto giorni non è più, come altravolta, stabilito. « Dovranno, dice l'articolo 278-373, « compirsi i rispettivi esami entro « il termine di otto giorni da quello « in cui saranno stati esaminati i « primi testimonii. » Il giorno di questo esame, cioè l'apertura effettiva della pruova testimoniale, è abbandonata all'arbitrio del giudice, il quale deve combinare i termini delle citazioni in modo che i testimonii più lontani possano fare la loro deposizione prima di spirare il tempo stabilito, se pure la sentenza interlocutoria non abbia stabilito un termine più lungo, o questo non sia stato accordato sulla domanda delle parti fatta durante i termini (*ibid.*; articoli 278-373 e 279-374).

Le parole *compirsi i rispettivi esami* debbono intendersi, giusta le osservazioni del tribunato, in questo senso che la pruova e la contro-pruova possono avere ciascuna il loro punto speciale di partenza, purchè ciascuna di esse non prenda più di otto giorni, compresovi quello dell'esame dei primi testimonii[*]. Vedesi bene che havvi un intervallo indefinito tra l'apertura fittizia dell'esame testimoniale che ha luogo col rilascio dell'ordinanza del giudice commessario, e l'apertura reale che avverasi quando si riceve la prima deposizione,

Noi siamo ben lontani dal criticare la modificazione ragionevole che ha subito il sistema dell'ordinanza; ma, chiedere, perchè questa estrema celerità della procedura, che si suppone necessaria per prevenire la corruzione? Per sedurre un testimonio non è mestieri di un tempo tanto lungo, che non vi si possa pervenire, quando per farlo si hanno due intervalli indefiniti, congiunti a due termini di otto giorni. Nè questo è tutto. L'ordinanza esigeva che si fosse dato mano all'esame dei testimonii non ostante opposizione od appello: il che era rigoroso, ma perfettamente conseguente. Avendo il codice di procedura abbandonato questo sistema, rendesi evidente che si può ottenere un tempo considerevole per mezzo dell'opposizione o

(*) Unif. Pigeau, tom. 1, pag. 278; Dalloz, tom. VI, pag. 870; Thomine, tom. 1, pag. 479; Boncenne, tom. IV, pag. 305; Carrè, art. 276. quest. 1087 e Chauveau, *ibid.*; Torino, 19 aprile 1811; Metz, 26 maggio 1820.

La continuazione di un esame o di un contro-esame deve, al pari dell'esame o del contro-esame compirsi entro gli otto giorni da quello dell'esame del primo testimonio. Tolosa 8 agosto 1832.

Se un esame testimoniale si componesse di talune deposizioni ricevute in tempo utile, e di talune altre ricevute dopo spirato il termine, la nullità cadrebbe sull'intera pruova?

Dopare sostiene l'affermativa, t. IX, pag. 349: ma l'opinione contraria è generalmente ricevuta. Carrè, art. 278, quist. 1088; Chauveau, *ibid.*; Lepage, *Quest.*, pag. 200; Pigeau, tom. 1, pag. 279; Favard, *Rep.*, tom. II, pag. 382, num. 8; Dalloz, t. VI, pag. 871, num. 4; Boitard, t. II, pag. 220; Cassazione, 5 fiorile anno XI, e 17 dicembre 1823.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

dell'appello, ed eludere in tal guisa tutte le vedute del legislatore.

Ciò posto, che diremo noi delle decisioni giudiziarie (1), le quali, dopo la notificazione dell'arresto di conferma non accordano se non quella parte del termine per fare l'esame che rimaneva a decorrere quando fu lanciato l'appello, in guisa che, se l'appello fosse stato fatto l'ottavo giorno a contare dalla notificazione della sentenza di prima istanza, non resterebbe più che un solo giorno per aprire l'esame, a cominciare dalla notificazione della decisione di conferma? Come mai non si è veduto che questo rigore era in pura perdita, quando le parti avrebbero avuto a loro disposizione tutto l'intervallo che precede la procedura di appello e tutta la durata di questa procedura? Il risultato più netto di questo sistema contradittorio si è la moltiplicazione delle nullità, l'utilità delle quali è tutt'altro che certa.

Taluni parlamenti seguivano altravolta strada migliore. Noi leggiamo nel Repertorio di Merlin (1): « Non « avviene lo stesso in Bèarn ed in « Navarra, dove non si segue l'or- « dinanza del 1667. Le parti sono « in tempo di cominciare e pro- « durre le loro pruove sino alla sen- « tenza diffinitiva; e se esse non le « producono dopo taluni termini loro « accordati, si procede alla sentenza « nello stato in cui ritrovasi la causa. « Questo solo timore arreca il van- « taggio che l'ordinanza aveva di « mira nello stabilire i termini per « cominciare e compiere l'esame « testimoniale, ed una parte non è « privata del dritto di farlo eseguire « se non quando siavi la sua vo- « lontà. »

(1) Vedi principalmente un'arresto della corte di Pau del 29 novembre 1837.

(1) V. *Enquete*, § II, articolo I.

213. Nondimeno un grande miglioramento arrecato dal codice di procedura al sistema dell'ordinanza si è l'ammessione delle parti all'esame (*ibid.*, articolo 261–356), nel quale anticamente ciascun testimonio deponeva solo alla presenza del giudice commessario, non essendo ad altro chiamate le parti che alla prestazione del giuramento dei testimonii, che facevasi allora in massa e con anticipazione. Messa in pratica sotto l'impero del decreto del 7 fruttidoro anno III, questa ammessione fu riconosciuta tanto utile per sorvegliare le deposizioni, che essa prevalse nel consiglio di Stato, malgrado le repugnanze dell'opinione allora soverchiamente in credito, che seguiva con piacere il sentiero precedentemente battuto.

Si cita la parte tre giorni almeno avanti l'esame nel domicilio del suo patrocinatore. Qui la legge non indica espressamente, come essa ha fatto per la citazione dei testimonii (*ibid.*, articolo 260–355), un'aumento di termine a ragione della distanza del domicilio della parte. Varie corti di appello avevano di conseguenza deciso che il termine di tre giorni è improrogabile, decisione deplorabile, la quale metteva nell'impossibilità di assistere all'esame, o per lo meno d'inviare in tempo utili rischiaramenti, le persone che non si trovavano sopra i luoghi. La corte di cassazione ha penetrato il vero spirito della legge, decidendo con arresto di annullamento, sezioni riunite, li 28 gennajo 1826, che il termine di aumento dev'essere supplito [*].

214. Quando l'esame è annullato, può ordinarsene un nuovo?

(*) Unif.: Cassazione, 11 gennajo 1815, 23 luglio 1823, 28 gennajo 1826, e 7 dicembre 1831; Bruxelles, 27 luglio 1825;

Digitized by Google

Una distizione che domina la materia è riposta nel vedere a chi sia imputabile la nullità. Se essa proviene per colpa del giudice commessario (*ibid.*, articolo 292-386), l'esame sarà rinnovato a sue spese. In tal caso possono farsi sentire nuovi testimonii, ovvero debbono solamente citarsi i medesimi testimonii, prendendo per norma il primo esame; se taluni tra essi si trovano nella impossibilità di deporre? Certamente, per quanto concerne le spese, non possono mettersi nuove citazioni a peso del condannato. Ma perchè dovrebbesi interdire all'attore la facoltà di citare nuovi testimonii a proprie spese, salva al convenuto la medesima facoltà per la sua contro-pruova?

Tale sembra essere stato il pensiero dei redattori dell'ordinanza del 1667, poichè nella discussione si chiese se sia possibile far sentire i medesimi testimonii; il che venne deciso. Or, la sola controversia dimostra che intendevasi autorizzare l'esame di nuovi testimonii, perciocchè in caso diverso, per coloro che ricusavano di ammettere gli antichi, la pruova testimoniale si sarebbe trovata ridotta a nulla. Esiste forse oggi alcun motivo per essere più rigorosi? un arresto della corte di Limoges, del 13 giugno 1818, decise in questo senso (1) (*).

Ma se l'esame testimoniale vien dichiarato nullo per colpa del patrocinatore o dell' usciere (*ibid.*, articolo 293-387), si è temuto che una combinazione fraudolenta tra l'ufficiale ed il suo cliente non procacci a quest'ultimo la facoltà d'impugnare un esame a lui contrario, e si decide che l'esame non potrà farsi di nuovo, salvo alla parte il dritto di domandare i danni ed interessi [2]. Questa regola soffre una prima evidente eccezione nella materie che interessano l'ordine pubblico, come le separazioni personali, dove non può il giudice astenersi dal pronunziare, e dove nondimeno egli non può profferire sentenza se non dopo un esame testimoniale [3] (*).

Ma può il giudice, in materia ordinaria, ricominciare d'officio l'esame, che le parti non possono più richiedere?

La quistione è vivamente contro-

Colmar, 15 luglio 1833; Nimes, 31 agosto 1827, e 11 gennajo 1832; Poitiers, 17 novembre 1836. V. nello stesso senso: Merlin, *Quist. di dritto*, v. *Enquête*, § 3; Carrè, art. 261, quist. 1020; Chauveau, *ibid.*; Boncenne, t. IV, pag. 275; Dalloz, t. VI, pag. 862, num. 7; Favard, t. II, pag. 356, num. 5; Pigeau, *Commentario*, t. 1, p. 511; Thomine, t. 1, pag. 453.— *Il Traduttore.*

(1) Vedi in senso contrario, Rennes, 28 luglio 1714; Grenoble, 17 maggio 1817.

(*) L'opinione del Bonnier era stata precedentemente annunciata da Demiau, pagina 216, e dagli autori del *Practicien*, t. 2, pag. 197. Però l'opinione contraria sembra più generalmente ricevuta. V. *Annali del Notariato*, t. II, p. 246; Carrè, art. 297, quist. 1131; Chauveau, *ibid.*; Boncenne, t. IV, pag. 318; Favard, *Enquête*, t. II, pag 369, num. 3; Pigeau, *Comment.*, tom. 1, pag. 548; Thomine, tom. 1, pag. 495; Dalloz, t. VI, pag. 875, num. 5.—*Il Traduttore.*

(2) Molte corti di appello, nelle loro osservazioni sul progetto, aveano censurato questa disposizione. Il pericolo di collusione, che ha colpito il legislatore, non è tanto grave quanto appare a primo aspetto. Non avendo mai la parte il dritto di chiedere la nullità del proprio esame, bisogna supporre che l'avversario sia quegli che abbia interesse a farlo annullare; quindi il pericolo preveduto non si rinviene che in circostanze affatto particolari, per le quali riesce difficile motivare una nullità pronunziata per tutti i casi.

(3) Vedi un arresto della corte di Caen, del 21 aprile 1839.

(*) Unif. Thomine, tom. 1, pag. 494 e 495; Carrè, art. 293, quist. 1136, 2°.— *Il Traduttore.*

Digitized by Google

versa. Invocasi per l' affermativa il disfavore dei decadimenti in una procedura tanto zeppa di nullità, non che i termini generali dell' articolo 254-349 del codice di procedura sulla pruova di officio. Ma è forza confessare che il testo dell' articolo 293-387, il quale, a torto o a ragione, vieta di rinnovare l' esame, non si presta ad una interpretazione tanto benigna (Bourges, 30 maggio 1831). Nell'ammettere con difficoltà questa decisione, non la si debbe ad ogni modo estendere ad un caso in cui la lettera della legge non è applicabile, al caso di semplice decadimento per inosservanza dei termini. Allora riproducesi in tutta la sua forza il principio che i giudici hanno sempre il dritto di non decidere se non dopo le informazioni [rigetto del 12 dicembre 1825; Tolosa, 2 aprile 1845; Bordeaux, 23 agosto 1850].

Ad ogni modo, un punto non suscettivo di controversia si è che la proibizione di ricominciare l'esame non potrebbe applicarsi alle materie che interessano l'ordine pubblico, principalmente alle domande di separazione personale. [Dijon, 29 maggio 1845]. Interessa alla società che tali domande non siano respinte con semplici mezzi di procedura, e peraltro il ricorso contro l'ufficiale ministeriale non altro offrirebbe in simil caso alla parte lesa che una garantia derisoria.

§ 2. *Sanzione della comparsa e della veracità dei testimonii.*

215. L' efficace amministrazione della pruova testimoniale suppone: 1° che i testimonii dei fatti dei quali si domanda di far la pruova siano conosciuti; che essi siano obbligati a venire a deporre in giudizio: 3° che la loro deposizione sia sincera.

216. Se le persone che possono fornire qualche rischiaramento sui fatti controversi sono ignote alle parti, è egli convenevole provocare il loro zelo per mezzo di ammonizioni officiali? Gli avvertimenti che nei tempi andati davansi per mezzo dei curati nei sermoni conosciuti sotto il nome di *monitorii*, applicavansi, secondo la testimonianza di Pothier [1] anche in materia civile, nel caso di sottrazione di oggetti di un'eredità, di una comunione, di un fallimento. Oggi i monitorii possono tutto al più, come vedremo, essere adoperati in materia criminale. Questa via estraordinaria, che mette in azione i rapporti tanto delicati del potere spirituale e del potere temporale, non potrebbe essere seguita in un interesse puramente pecuniario. Non esiste in questo caso alcun procedimento giudiziario tendente ad indagare i testimonii non conosciuti; spetta alle parti interessate raddoppiare le loro personali investigazioni, onde scoprirli.

217. Ma i testimonii conosciuti possono essi negarsi a sodisfare il debito che essi hanno verso la giustizia sociale? Sembra che Giustiniano sia stato il primo che abbia, in materia civile (2), eretto questo dovere ad obbligazione legale (3); e questa innovazione non è una delle meno salutari tra quelle introdotte da questo imperatore. L'ordinanza del 1667 (4) puniva con un'ammenda di

(1) Trattato della procedura criminale, sezione II, articolo 4.

(2) Legge 16, codice *de testibus*.

(3) Quintiliano c'insegna infatti (*Instit. orat.*, libro V, cap. VII, § 9), che eranvi ai tempi suoi dei testimonii volontarii e dei testimonii obbligati a comparire: *Duo genera sunt testium, aut voluntariorum, aut eorum quibus judex in publicis judiciis lege denuntiare solet.*

(4) Titolo II, articolo 8.

Digitized by Google

dieci lire i testimonii che ricusavano di presentarsi. Oggi il codice di procedura civile (articolo 263-358) pronuncia un'ammenda di cui il *maximum* è di cento franchi, e dei danni ed interessi che non possono essere inferiori alla somma di dieci franchi (1). La seconda contumacia dalla parte dei testimonii nuovamente citati trae seco una multa di cento franchi (*ibid.*, articolo 264-359); ed il giudice potrà ancora, quando creda essenziale la deposizione, rilasciare contro il refrattario un mandato di accompagnamento, il quale autorizza l'uso della forza pubblica per condurlo innanzi al tribunale (codice d'istruzione criminale articolo 99-82) (*).

Ritiensi quasi generalmente che il rifiuto di rispondere deve equivalere ad un rifiuto di comparire [*ibidem*, articolo 80]. Quale utilità può arrecare una presenza puramente materiale per la scoverta della verità? Sarebbe però impossibile, a pena di cadere nell'arbitrario, considerare come se non avesse risposto colui le di cui risposte fossero reputate insufficienti. Del resto indipendentemente da queste condanne pecuniarie, il codice penale [articolo 236-243] pronunzia una prigionia di sei giorni a due mesi contro i testimonii che abbiano allegato false scuse (**).

Da un'altro canto, non sarebbe giusto che il servigio reso dal testimonio dovesse riuscirgli oneroso: si è perciò che gli si accorda una indennità, ma nel caso solamente in cui egli ne richieda la liquidazione (codice di procedura articolo 277-372, tariffa civile articolo 177-142).

Tuttavia due motivi possono dispensare dal venire a deporre in giudizio: la dignità o le funzioni del testimonio, e l'obbligo del segreto imposto da talune professioni.

218. Nel primo caso, il testimone non è dispensato dal fare la sua dichiarazione, ma solamente di comparire innanzi la giustizia. Sembra che le immunità di questo genere siano state molto rare nell'antico dritto. Si citano diversi vescovi che furono costretti a recarsi in persona presso il giudice commessario, e fu necessario un'avviso degli avvocati generali del parlamento di Parigi, n data del 1° agosto 1642, per consacrare il principio che autorizzava i principi del sangue a fare semplici dichiarazioni per iscritto.

Le nostre leggi moderne hanno esteso di molto questa facoltà. La legge del 20 termidoro anno IV la concesse ai membri del corpo legislativo e del direttorio, ai ministri della republica ed agli agenti presso le nazioni straniere. La regola stabilita da questa legge fu successivamente applicata ai cassieri ed ai controlli del tesoro publico, dalla legge del 21 fruttidoro anno VII; ai consiglieri di Stato, per un avviso

(1) Notate che non si tratta, in quest'ultima sanzione, di una pena di cui il *maximum*, salvi taluni casi eccezionali (codice civile articolo 192) non potrebbe essere indeterminata nel dritto moderno ma di danni ed interessi i quali sono ordinariamente lasciati all'arbitrio del giudice, perchè è impossibile farne *a priori* la valutazione.

(*) La somma attribuita dall'articolo 356 delle nostre leggi della procedura civile, a titolo di danni ed interessi, non può essere minore di ducati tre nel caso della prima contumacia del testimonio; nella seconda contumacia la multa è di ducati trenta, pari a 130 franchi.—*Il Traduttore.*

(**) L'articolo 243 delle nostre leggi penali pronunzia per questo reato la pena del primo grado di prigionia, e dell'ammenda correzionale, oltre i danni cagionati dal loro rifiuto.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

dello stesso consiglio di Stato, sotto la data del 14 germinale anno XIII; ai senatori, ai prefetti ed ai *maires* (sindaci), con determinazione consolare del 7 termidoro anno IX: finalmente ai commessarii generali di polizia, con decreto del 20 giugno 1806. Inoltre il codice d'istruzione criminale [articolo 510-549 e seguenti] traccia, per la deposizione dei funzionarii più elevati, talune forme che, per identità di motivi, si applicano al civile; salvo a combinare il tutto col decreto del 4 maggio 1812, relativo alla citazione per testimonianza dei ministri e dei principali funzionarii dello Stato (*).

In Inghilterra, per l'opposto, Bentham ci riferisce che l' obbligo per tutti di venire a deporre personalmente è strettamente conservato. « Supponete, dice egli [1] che il principe di Galles, l'arcivescovo di Canterbèry ed il Lord cancelliere si « trovassero a passare mentre uno « spazzacamino ed una cenciajuola si « quistionassero per un soldo di pomi, potrebbero essi ricusarsi di « comparire innanzi la giustizia, se « uno dei due contendenti giudicasse « a proposito di chiamarli a deporre? » Questo sistema ha qualche cosa di eminentemente liberale, ma sarebbe forse difficile d' introdurlo nei nostri costumi.

219. Havvi dispensa completa di fare testimonianza per le persone che sono dalla loro professione obbligate al segreto. Infatti, il codice penale [articolo 378-372] punisce con una prigionia di uno a sei mesi e con una ammenda di cento a cinquecento franchi (**) i medici, e le levatrici ed altre persone che abbiano rivelato segreti dei quali erano per ragione del loro stato o professione depositarii, perchè erano stati loro confidati [2]: pruova evidente che per esse è non solamente un dritto, ma benanco un dovere di serbare il silenzio, sebbene la penalità non sia applicabile che ad una rivelazione indiscreta e non mai ad una deposizione giudiziaria.

D'accordo nel principio, vi sono state discordanze sull'estensione dell'applicazione che esso deve ricevere. Si è di conseguenza mosso dubbio se i notaj (per gli avvocati e patrocinatori non vi è stata giam-

(*) L'articolo 549 delle nostre leggi penali stabilisce in generale la massima che niun grado esonera le persone costituite in dignità ed in carica dal prestare la loro testimonianza. Gli ambasciatori, i ministri, e gl'inviati straordinarii residenti presso i governi stranieri durante la loro dimora fuori del regno non potranno essere citati come testimonii. Essi risponderanno per iscritto ai quesiti che loro saranno trasmessi. Saranno intesi nella loro propria abitazione i consiglieri di Stato, i segretarii di Stato, i cardinali, gli arcivescovi e vescovi, i quattro capi di corte della casa del re ed i capitani generali. In casi gravissimi potrà domandarsi al re l'autorizzazione dell'esame orale di tali personaggi. Tutti gli altri uffiziali pubblici che non possono abbandonare la loro residenza senza uno special permesso del re o di uno dei ministri segretarii di Stato, saranno esaminati dal giudice del luogo ove risieggono. V. gli articoli 549 e seguenti della procedura penale.—*Il Traduttore.*

(1) Osservazioni sull'articolo 21 del suo progetto di organizzazione giudiziaria.

(**) L'articolo 372 delle nostre leggi penali aggiunge al primo grado di prigionia o confino ed all' ammenda correzionale, anche l'interdizione in tempo dell' uffizio, professione o carica di cui abbiano abusato.—*Il Traduttore.*

(2) La giurisprudenza inglese ammette l'immunità dell'avvocato e del procuratore; ma essa obbliga il chirurgo a comunicare quello di che egli sia stato informato in conseguenza delle cure da lui date (vedi Blackstone lib. III, cap. XXIII, colle note del signor Cristhian).

Digitized by Google

mai difficoltà) siano nel numero delle persone obbligate per ragione dello stato loro alla discrezione. Le varie decisioni della giurisprudenza su questo punto possono conciliarsi in fatto quando si tenga conto della natura più o meno confidenziale dei punti che trattasi di rivelare (*).

Per quanto concerne i ministri del culto, niun dubbio che non sia legalmente impossibile d'interrogarli su quello che loro è stato confidato sotto il suggello della confessione. « Quello che io so per mezzo della « confessione, diceva sant'Agostino, « io lo so meno di quello che non « ho saputo giammai.» Ma si è molto dibattuta la quistione di sapere se una confidenza fatta ad un prete come prete, sebbene fuori dell'amministrazione del sagramento della penitenza, debba godere della medesima inviolabilità. La corte di cassazione a 30 novembre 1810, ha, secondo noi, con ragione deciso l'affermativa, e più di recente la corte di Angers [arresto del 31 marzo 1841] ha esteso lo stesso velo sui fatti che un vescovo era venuto a conoscere nell'esercizio della sua giurisdizione canonica. Il sistema contrario distruggerebbe la fiducia, che sola può condurre al pentimento, dando al sacerdote le apparenze di un delatore tanto più odioso che egli sarebbe rivestito di un carattere sacro (*).

220. Non basta ottenere la deposizione dei testimonii, è d'uopo ancora che la loro deposizione sia sincera. Le guarentigie che si possono avere di questa sincerità derivano, o dalla natura morale dell'uomo, o dal sentimento religioso, o dal timore di una pena pronunziata dalla legge.

221. La sanzione naturale della veracità dei testimonii si ritrova in quel sentimento passente che spinge l'uomo a dire la verità e che fa sì che, quando egli vuole tradirla, è costretto a fare violenza a se stesso. Il vero ed il giusto sono due poli verso i quali tende incessantemente lo spirito umano; quando non è corrotto. Bentham [1], volendo riferire tutto all'utilità, si sforza di sostituire un'altra spiegazione a questa spiegazione tanto semplice e tanto evidente della fede che si attribuisce alla testimonianza di un uomo onesto. « Naturalmente, dice « egli, si evita il sentiero scabroso, « si prende la via più facile; il mo« tivo che a questo ci conduce è « l'*amore della comodità*, motivo « che opera sovente all'insaputa no« stra, ma l'influenza del quale è più « grande di quello che non si creda « comunemente. Veggiamo in qual « modo esso operi nel caso della te« stimonianza. Riferire un fatto tale « quale esso si presenta allo spirito « è l'opera della memoria: riferire « come un fatto reale le circostanze « che non hanno avuto esistenza è l'o« pera dell'invenzione...Or, il lavoro « dell'invenzione è più penoso di

(*) La corte di cassazione, con arresto del 23 luglio 1830, decise che i notai non godono del privilegio degli avvocati e patrocinatori: la corte di Montpellier, a 24 settembre 1827, ed il tribunale di Moulins, in una sentenza rapportata nel *Giorn. Avv.*, t. XL, pag. 42, hanno deciso il contrario. Quest'ultima opinione è adottata da Carrè, art. 263, quist. 1037; Chanveau, *ibid.*; Favard. tom. II, pag. 364, n. 3; Legraverand, t. I, p. 236; Berriat, pagina 202, n. 37; Pigeau, *proced.*, tom. I, pag. 278; Merlin, *Rep.*, t. 1, pag. 450 e 467, t. III, p. 566, e t. XIII, p. 538, § 2; Thomine, t. 1, pag. 438; Boncenne, num. 251.—*Il Traduttore.*

(**) Uniformi gli scrittori citati nella mia nota precedente.—*Il Traduttore*

(1) Pruove giudiziarie, lib. 1, cap. X.

Digitized by Google

« quello della memoria. Ecco dunque « una fatica risparmiata da colui che « esprime la verità pura e sempli- « ce. » Così, secondo Bentham, quegli la di cui falsa testimonianza arreca enorme danno ad altrui, non soffre altra pena che la fatica di avere creato un racconto complicato, e quegli che dichiara la verità non lo fa se non *per pigrizia*; sono queste le sue espressioni. Simili teoriche si confutano a sufficienza da se medesime. È spiacevole ritrovarle nel lavoro di Bentham, a fianco di tante osservazioni così utili e saggie.

222. La sanzione religiosa consiste nell' obbligare il testimonio a prestare giuramento, cioè a richiamare su lui la vendetta della divinità medesima, se la sua dichiarazione non è sincera. L'uso del giuramento sembra essere stato antico in Roma. *De parvula summa judicaturo*, dice Seneca (1), *tibi res sine teste non probaretur, testis sine jure jurando non valeret*. La prescrizione del giuramento fu espressamente rinnovata da Costantino (2). Sembra inoltre che essa sia stata sin da tempo immemorabile osservata nella pratica francese. Quello che noi diremo in prosieguo del grado di efficacia del giuramento, per quanto concerne le parti, è ugualmente applicabile ai testimonii. Noi tratteremo anche nel luogo proprio della materia, le mille diverse forme che esso può vestire, e sin'anco della dispensa del giuramento, reclamata da talune sette.

223. Qualunque siasi l' opinione che si abbia sull' efficacia del giuramento, si riconosce che la corruzione degli uomini non permette di considerare questa sanzione come sufficiente. In Roma la pena capitale, fulminata dalla legge delle Dodici Tavole [3], la quale consisteva nell'essere precipitati dall'alto della rupe Tarpeja, non applicavasi probabilmente che nelle materie criminali (4). In prosieguo la falsa testimonianza fu considerata come una specie di falso (5). La pena che era altravolta l' esilio o la relegazione, sembra essere divenuta interamente arbitraria nel dritto Giustiniano (6). Presso di noi, varie ordinanze, a cominciare dal 1531, colpirono indistintamente della pena di morte la falsa testimonianza in materia civile ed in materia criminale. Ma i nostri antichi criminalisti attestano che nel civile questo rigore non è mai stato seguito nella pratica.

L'attuale legislazione, senza andare tanto lungi quanto le antiche ordinanze, spiega una giusta severità contro quelli che corrompono in tal quisa le sorgenti della giustizia.

Il codice penale del 1791 puniva con sei anni di prigionia il falso testimonio in materia civile. L' attuale codice penale (articolo 363) (*) lo punisce colla pena della reclusione. Inoltre il testimonio che ha ricevuto o che si è fatto promettere

(1) *De ira*, lib. II, cap. XIX.
(2) Legge 9, cod. *de testibus*.
(3) Aulo-Gellio, lib. XX, capo 1.
(4) Questo è ovidente per la legge ebraica, che pronunziava la pena del taglione (*Deuteronomio*, cap. XIX, vers. 21). *Animam pro anima, oculum pro oculo, etc.*
(5) Modestino, legge 27, *Dig. de leg. Cornel. de fals.*
(6) Comparate il testo originale di Paolo nel libro V, titolo XV, § 3, delle sue sentenze, con questo medesimo testo rifuso nel Digesto, nella legge 16 *de testibus*.
(*) L'articolo 190 delle nostre leggi penali punisce la falsa testimonianza in materia civile con la pena del primo al secondo grado di prigionia.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

una ricompensa, è punito coi lavori forzati a tempo; lo stesso prescrivesi per colui che lo ha subornato (*ibid.*, articolo 364-365) (*).

224. Indipendentemente dalle sanzioni da noi sinora indicate, la veracità dai testimonii è assicurata da una precauzione importante, che l'esperienza ha già da molto tempo giustificato: il testimonio è obbligato a deporre oralmente, e a non leggere alcuna risposta preparata in iscritto (codice di procedura articolo 271-366). In questo modo gli riesce molto più difficile preparare con anticipazione un racconto menzognero.

§ II. *Esclusione di taluni testimonii.*

225. La legislazione romana, al pari di quella della maggior parte dei popoli, respingeva completamente la testimonianza di talune persone. Sembra che siffatte esclusioni siano state rare in materia civile, perciocchè si cita come rimarchevole la proibizione di deporre in favore di persone della stessa famiglia del testimonio: *etiam jure civili domestici testimonii fides improbatur* [1]. All'infuori di queste esclusioni, il grado di credenza che poteva meritare la tale o tal'altra testimonianza era abbandonato alla valutazione del giudice. *Quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium*, dice Papiniano [2]. La facoltà di riprovare la testimonianza intendevasi nel senso che il giudice doveva pesare colla più scrupolosa attenzione la deposizione d'un testimonio sospetto; ma non havvi alcuna traccia nel dritto romano di un sistema di ripulse, il quale avesse permesso di opporsi all'esame d'una persona capace di deporre, per la sola ragione che avrebbe potuto concepirsi qualche dubio sulla di lui veracità. Il sistema pel quale, nel nostro antico dritto, facevasi opposizione tardiva alla lettura in udienza publica delle dichiarazioni ricevute innanzi il giudice commessario trasse l'origine sua dagli esami testimoniali fatti per iscritto. Noi tratteremo successivamente dell'esclusione assoluta, e delle ripulse che sono semplicemente facultative per l'una delle parti.

226. Sembra che i nostri più antichi monumenti di dritto francese, come sarebbe il Grande Consuetudinario di Carlo VI, che contiene un capitolo di ripulse (3), confondano l'esclusione colle ripulse propriamente dette. La distinzione che venne a stabilirsi gradatamente nella teorica, non si presenta con chiarezza se non nell'ordinanza del 1667. Le esclusioni formano in essa l'oggetto di una disposizione speciale. « I parenti, o affini delle parti, si « dice in essa [4], sino ai figli dei « cugini nati da fratelli inclusiva- « mente, non potranno essere testi- « monii in materia civile, per de- « porre in favore o contro di loro, « e le loro deposizioni saranno ri- « gettate. » Questa disposizione, vivamente censurata quando si redasse l'ordinanza, principalmente dal presidente Lamaignon, era una grave derogazione alle nostre antiche u-

(*) Per l'articolo 192 delle nostre leggi penali il colpevole di subornazione di testimonii sarà condannato al *maximum* della pena del falso testimonio, ed ove il falso testimone sia stato con effetto punito col *maximum* della pena, il subornatore sarà punito col grado superiore di pena, risalendo inclusivamente alla morte.—*Il Traduttore.*

(1) Valer. legge 3, codice *de testibus.*
(2) Legge 13, Dig. *eodem titulo.*
(3) Libro III, capitolo XXVI.
(4) Titolo XXII, articolo 11.

Digitized by Google

sanze, le quali, ad imitazione delle leggi romane, non ammettevano come causa di rigetto perentorio se non la parentela o l'affinità in linea retta. Bouteilier racconta nella sua somma rurale [1] aver veduto ricevere la deposizione d'un fratello in favore del suo fratello da *chierici di dritto e saggi consuetudinarii*.

Il codice di procedura (artic. 268-363), allontanandosi questa innovazione giustamente censurata, proibisce solamente di citare i consanguinei o affini in linea retta di una delle parti, o del di lei conjuge, ancorchè abbiano fatto divorzio [*] (2). Il codice, al pari dell'ordinanza, non permette che si citi un prossimo consanguineo nè contro di voi nè in vostro favore. Si è sin da molto tempo detto delle relazioni di parentela: *apud concordes excitamenta charitatis; apud iratos irritamenta odiorum.* Ristretto entro siffatti limiti, il divieto può essere giustificato, sebbene sia in certa guisa bizzarro ricevere, come noi vedremo, in materia criminale, delle testimonianze che sarebbero completamente respinte nelle quistioni puramente pecuniarie.

Esistono tuttavia dei casi in cui le testimonianze domestiche si rendono necessarie. Le pruove testimoniali relative un tempo al divorzio (codice civile, articolo 251), oggi alla separazione personale, ammettono tutti i parenti, eccettuati i figli dei conjugi. Si ritiene generalmente che debba decidersi lo stesso allorquando trattasi di provare le nascite, il matrimonio e le morti (*ibid.* articolo 46-48) Non si dovrebbe neanco in quest'ultimo caso respingere la testimonianza dei figli, quando essi poterono aver conoscenza dei fatti, perciocchè in tale circostanza vien meno il motivo di pudore pubblico che militava contro la loro ammessione in caso di separazione personale (**).

227. Ma riesce difficile giustificare un'altra specie di proibizioni. Risulta questa dagli articoli 25-26 del codice civile, 34-17 e 42-27 del codice penale, i quali, aggiungendo a talune condanne l'incapacità di fare da testimonio, considerano la testimonianza in giudizio come un dritto anzicchè come un dovere [***]. Bentham [3] colloca con ragione questa pretesa pena nel numero delle pene che esso chiama *fortuite*, perciocchè colpiscono ad evento, e ricadono spesso sull'innoccente, anzichè piombare sul colpevole.

« Io sono, dice egli, un soggetto « tanto cattivo quanto è possibile supporlo; avviene che io vegga un uomo « aggredire un altr'uomo; entrambi « sono a me ignoti; l'aggredito mi chia-

(1) Somma rurale capitolo CVI.

(*) Non essendo, per le leggi del nostro regno, riconosciuto il divorzio l'artic. 363 si limita a respingere i testimonii del coniuge, ancorchè sia questo separato di corpo. — *Il Traduttore.*

(2) È evidente che l'articolo 283-378 dello stesso codice, il quale permette di ricusare i consanguinei o affini sino al sesto grado (per le leggi delle Due Sicilie sino al quinto grado), non parla che dei collaterali. Non è necessario ricusare le persone che sono escluse.

(**) Non essendo stato per le nostre leggi riprodotto l'articolo 261 del codice di procedura collocato sotto la rubrica del divorzio, non potrebbe presso noi ammettersi la teorica riconosciuta generalmente dagli scrittori francesi nel caso di separazione personale, che essi fondano sullo stesso articolo 251. — *Il Traduttore.*

(***) L'articolo 27 delle leggi penali del nostro regno ha ristretto l'interdizione pronunziata dal num. 7 dell'articolo 42 del codice di Francia al dritto di essere adoperato come perito nei giudizii penali.

(3) *Trattato delle pene*, edizione di Dumont, lib. 7, sez. 4.

Digitized by Google

« ma come testimonio, l'unico testi-
« monio contro l'aggressore suo (1).
« Io sono stato condannato come sper-
« giuro, e, se vi piace, venti volte
« spergiuro, ma le parti sono tanto
« povere che nè l'una nè l'altra può
« offrirmi la più lieve tentazione. Qual
« cosa potrebbe adunque indurmi a
« fare una falsa testimonianza? Niuna.
« Qual conseguenza ne segue se io
« sono respinto? Il trionfo dell'op-
« pressore. Or, un caso di simil na-
» tura non ha nulla di singolare o
« d'improbabile. »

Le conseguenze gravissime che tengon dietro a questo sistema debbono forse indurre ad adottare, contro l'opinione di Boncenne [2[, l'idea che debbasi per lo meno ricevere tanto nel civile che nel criminale, a titolo di semplici rischiaramenti, cioè senza prestazione di giuramento, la dichiarazione delle persone alle quali il legislatore nega la qualità di testimonii. Questa opinione, che mette la legge civile in armonia colla legge criminale, può essere giustificata tanto dai termini generali degli articoli precitati, i quali parlano di semplici indicazioni, di semplici dichiarazioni, senza distinguere quale sia la giurisdizione investita; quanto per la considerazione che, sotto questo rapporto, niuna esclusione assoluta è pronunziata nel titolo dell'esame testimoniale, dove non d'altro si parla che di consanguinei, affini o congiunti. Noi vedremo ben presto, quando ci occuperemo della valutazione delle testimonianze, quale siasi la forza di tali indicazioni. Altronde la nostra opinione presenta poco pericolo, se pure havvi pericolo ad ascoltare questo genere di deposizioni, poichè nel maggior numero dei casi [3] i condannati saranno ricusabili e non potranno di conseguenza essere intesi che coll' assenso della parte interessata [4].

228. Le ricuse delle quali dobbiamo ora occuparci, e che sono ben distinte dalle esclusioni, erano, noi l'abbiamo detto, sconosciute nella legislazione romana. Ma non per questo non si è cercato di soreggerle coll'autorità di quella legislazione; però non si è potuto far questo se non denaturando il senso dei testi. Si è in tal guisa che si è attinto in un frammento di Callistra-

(1) Presso di noi bisogna supporre che l'azione siasi intentata nel civile; nel criminale non havvi giammai esclusione totale.

(2) Teoria della procedura civile, capitolo XVIII.

(3) Noi diciamo *nel maggior numero dei casi* perchè il testimonio colpito da una pena correzionale non può essere ricusato se non quando sia stato condannato per furto (codice di procedura articolo 283-378). Se l'incapacità di deporre però risulta da altre condanne correzionali (codice penale articolo 42), queste condanne, non essendo prevedute dal codice di procedura, non potrebbero essere una causa di ricusa.

(4) I traduttori italiani combattono quest' assimilazione delle materie civili alle materie criminali, perchè secondo essi, il giudice, in materia civile, non procedendo punto d' ufficio e dietro la sua coscienza, non può, come in materia penale, fermarsi agl'indizii, alle semi-pruove: bisogna che egli abbia una pruova completa per profferire una sentenza diffinitiva. Una *semplice indicazione* non ha per lui alcun valore legale. Se questo sistema fosse fondato, bisognerebbe ricostituire, per lo meno nel civile, la teorica dell'antica giurisprudenza, che legava il convincimento dei magistrati per mezzo di regole *a priori*. Per l'opposto, non può mettersi in dubio che il giudice, nel valutare una pruova testimoniale, procede in quella guisa che farebbe un giurato, e che di conseguenza non rimane che una sola quistione ad esaminare: ha egli l'intimo convincimento della verità dei fatti? Or, la testimonianza di una persona reputata infame, ma che non ha interesse nella causa, può senza contrasto far nascere questa intima convinzione.

Digitized by Google

to [1] una parte delle cause di ricuse ammesse dai nostri antichi scrittori. Il giureconsulto enumera infatti varie circostanze che rendono la testimonianza più o meno sospetta. Ma quale è la sua conclusione? *Testium fides diligenter examinanda est*. Nella novella 90, capitolo VII, si ritrova un' eccezione che non fa altro che confermare la regola. Se havvi un giudizio criminale tra la parte ed uno dei testimonii, Giustiniano respinge quest'ultimo, *non adsit ad testimonium*. Ma in tutti gli altri casi bisogna ricevere la dichiarazione, salvo a discuterla: *procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi quaestiones*.

I nostri legisti hanno preferito tagliare il nodo gordiano. Essi vollero che non si potesse neanco aver conoscenza della dichiarazione del testimonio ricusato, disconoscendo questa verità di esperienza che un giudice accorto può sovente trarre utili indicazioni da dichiarazioni che sembrano poco degne di fede. Non era forse bastevole indicare, come si fa nel criminale, talune circostanze particolari che permettono di concepire dubii sull'imparzialità del testimonio? Il buon senso di Voltaire aveva su questa materia preceduto le teorie dei pubblicisti moderni. « Io inclinerei a credere, dice egli (2), che ogni uomo, qualunque egli siasi, può essere ricevuto a deporre. L'imbecillità, la parentela, la domesticità la stessa infamia, non impediscono che abbiasi potuto ben vedere, e ben sentire. Spetta al giudice pesare il valore della testimonianza e delle ricuse che alla medesima possono opporsi. »

Anche qui, i progressi che ha fatto l'istruzione criminale non hanno spiegato influenza di sorta sulla procedura civile, la quale è stata abbandonata alle antiche sue orme. I nostri antichi scrittori erano almeno conseguenti in un sistema vizioso. Siccome essi ritenevano per principio, come avremo occasione di vedere nel paragrafo seguente, che un numero determinato di testimonii costituiva una pruova legale, essi aveano ragione di richiedere che questi testimonii fossero scevri di qualunque sospetto. In questa guisa Giustiniano voleva che vi fossero stati *quinque testes idonei*, per far pruova del pagamento di un debito contratto per mezzo di scrittura (3). Oggi che le testimonianze si pesano e non si contano, la teoria delle ricuse non è altro che un vestigio di dottrine antiquate, in contradizione manifesta collo spirito del dritto attuale. Quindi la legge di procedura di Ginevra (articolo 188, 190), dopo avere escluso i parenti ed affini sino al terzo grado in linea collaterale, si limita ad aggiungere: « Tutte le altre persone saranno ammesse come testimonii, salvo alle parti ad articolare, ed ai giudici a valutare le diverse circostanze corroborative o affievolitrici della testimonianza. »

229. Il sistema delle ricuse non è vizioso solamente nelle sua base, esso lo è del pari nella sua esecuzione. L' esclusione dei testimonii, a volerla supporre ben fondata, dovrebbe emanare dalla giustizia e non dall'interesse o dalla passione. Ec-

(1) Legge 3, dig. *de testibus*.

(2) *Premio della giustizia e dell'umanità*, frammento pubblicato nella *Gazzetta di Berna*, articolo 22, § 4.

(3) Legge 18, codice *de fide instrumentorum*.

Digitized by Google

bene! la legge lascia alla parte attaccata la facoltà di accettare o di respingere i testimonii prodotti dall' avversario. Inoltre, essi saranno ricusati anche dopo che abbiano fatto la loro deposizione, forse in tal caso per la sola ragione che han detto soverchiamente bene la verità, e perchè riuscirà più agevole serrar loro la bocca anzichè smentirli. Egli è vero che, per palliare tale inconveniente, si prescrive (codice di procedura articolo 282-377) che niuna ripulsa potrà proporsi dopo seguito l' esame, qualora non sia giustificata in iscritto. È questa una guarentigia contro le ripulse immaginate per ispirito di recriminazione. Ma se il motivo è fondato, perchè dunque permettere alla parte di tenerlo in serbo? Perchè lasciargli la facoltà di eliminare dopo l' esame la tale o tal altra testimonianza? Sembra in vero che la soppressione di una dichiarazione, la quale è forse fondamentale in un litigio, non abbia maggiore importanza di una nullità di citazione, dalla quale possiamo a piacere allontanarci.

Finalmente un ultimo vizio, che deriva dal non essere al giudice commessario permesso di statuire sulle ripulse, si è che il testimonio è ascoltato nella sua deposizione (*ibid.*, 284-379). Or il giudice che l'ha inteso siede anch'egli per la decisione della causa. I suoi colleghi non avranno, egli è vero, conoscenza della deposizione: ma sarà mai possibile per lui di cancellare completamente dalla mente sua l'impressione favorevole o sfavorevole che vi avranno lasciate le parole del testimonio? Scorgesi bene che questo sistema, il di cui punto di partenza è erroneo, non ha poi il merito d' essere a se medesimo conseguente.

230. Nell'antico dritto le ripulse erano illimitate. L' ordinanza del 1667 (1), esigeva solamente che esse fossero circostanziate e pertinenti. La facoltà di rigetto aveva acquistato una tale estensione, che avrebbe potuto chiedersi, non più quali erano i testimonii ricusabili, ma quali erano quelli che potevano non esserlo. È di vero ammettevansi come motivi sufficienti: il sospetto d'inimicizia, asserzione tanto vaga ed elastica; il sospetto di subornazione, che derivava dalla povertà, secondo quel cattivo adagio di Loysel [2]. « La povertà non è vizio; ma in grande povertà non vi è grande lealtà; » l' infamia che ammettevasi, non solamente a talune condanne, ma benanco a talune professioni, come quelle di commediante o di cortigiana (*). Il parlamento di Tolosa, a 14 ottobre 1656, decise che un testimonio doveva essere ricusato perchè avea bastonato suo padre, quasichè questo torto di condotta privata avesse tratto seco necessariamente la conseguenza che la sua deposizione contro un terzo doveva

(1) Titolo XXIII, articolo 1.

(2) Istituzioni consuetudinarie, titolo delle pruove, articolo 16.

(*) Quasi tutte queste ripulse erano tratte dal dritto romano: la lettura della legge 3, *dig. de testibus*, basterà per rendercene convinti. « Testium fides diligenter examinanda est; ideoque in persona eorum exploranda erunt, in primis conditio cujusque: utrum quis decurio, an plebejus sit: et an honestae et inculpatae vitae: an vero *notatus* quis et *reprehensibilis:* an locuples vel *egens* sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an ei *inimicus* sit, adversus quem testimonium fert: vel amicus ei pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium, propter personam, a qua fertur, quod honesta sit: vel propter causam, quod neque lucri, neque gratiae, neque inimicitiae causa fiat, admittendus est. » — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

essere mensognera. Ma in compenso, lo stesso parlamento, sotto li 18 marzo 1667, decise che l'ubbriachezza non era un motivo di ripulsa, perchè il vino è sincero, e spesso fa dire la verità a coloro che non vorrebbero dirla: motivo che, se fosse vero, menerebbe direttamente a questa conseguenza, che un buon giudice deve far bere i testimonii.

Questa latitudine indefinita che dava origine a tanti abusi, esiste essa ancora sotto l'impero del codice di procedura?

Taluni gravi scrittori, principalmente Toullier [1], l'hanno creduto; ma allora a che servirebbe l'enumerazione che fa l'articolo 283-378 del codice di procedura? Quando la legge determina le persone che potranno essere ricusate, coll'indicazione precisa delle circostanze richieste perchè la ripulsa sia fondata, è egli ragionevole il supporre che essa altro non abbia voluto fare che dare degli esempii? Con un simile sistema d'interpretazione si potrebbe del pari sostenere che i casi che danno luogo al ricorso per ritrattazione di sentenza, specificati dall'articolo 480-544 dello stesso codice, non vi si trovino indicati che d'una maniera dimostrativa; il che non è stato da alcuno giammai sostenuto.

Questa opinione, difficilmente conciliabile col testo, è inoltre in aperta opposizione con l'intenzione manifestata dai redattori del codice di procedura, di specificare le cause di ripulsa. Quello che havvi poi di rimarchevole, si è che varie corti attaccarono questa limitazione, contraria al sistema dell'ordinanza del 1667. Così, la corte di Torino proponeva di modificare la redazione, dicendo, potranno essere presentate *particolarmente* come ripulse, ec. Ma il consiglio di Stato non badò punto a queste osservazioni. Ad ogni modo, pei casi omessi, si ricorrerà a quello che avrebbe dovuto farsi in tutti i casi, alla lettura pubblica della deposizione, salvo a far rilevare nelle arringhe tutte le cause di sospicione legittima.

Varie decisioni giudiziarie, e principalmente un'arresto di cassazione, del 25 luglio 1826, hanno dichiarato limitativa l'enumerazione fatta dalla legge. Egli è vero che taluni arresti più recenti, alcuni dei quali emanati dalla corte suprema (15 febbrajo 1837, 10 e 17 giugno 1839), stabiliscono in tesi generale nei loro motivi che l'art. 283-378 è solamente enunciativo; ma non bisogna conchiuderne che la giurisprudenza moderna ammetta tutte le ripulse dei tempi andati, la mendicità, l'inimicizia personale, ec.; in quasi tutti i casi nei quali è caduta decisione, il testimonio ricusato aveva un'interesse nella causa. Or, se il legislatore respinge l'erede presuntivo come indirettamente interessato [articolo 283-378), concepiscesi agevolmente, che havvi ragione di escludere *a fortiori* colui che ha un'interesse diretto ed immediato [*].

(1) Tomo IX, § 301 e seguenti.

(*) La quistione è vivamente combattuta. La corte di cassazione di Francia non ha tracciato una giurisprudenza uniforme. Sotto li 3 luglio 1820 essa avea deciso che l'articolo 283-378 è dimostrativo: a 25 luglio 1826 essa ritenne il contrario; ma a 17 e 23 maggio 1827 fece ritorno alla prima teorica, confermata poi cogli arresti del 15 febbrajo 1837 e 10 e 17 giugno 1829, citati dal Bonnier.

Ritengono che sia limitativo l'articolo le corti di Parigi, 24 maggio 1811; e Rennes, 30 luglio 1817. Il contrario venne deciso dalle corti di Bourges, 8 febbrajo, 10 maggio, e 20 luglio 1831; Angers, 28 giugno 1823; Poitiers, 12 dicembre 1837.

Tra gli scrittori, Carré, quist. 1101; Boi-

Digitized by Google

231. Le ripulse legali derivano da tre fonti: dalle relazioni di consanguinità, dalle presunzioni di parzialità poggiate sopra taluni fatti, finalmente da una specie d'infamia, per quanto concerne taluni accusati o condannati.

232. Sotto il primo punto di vista, possono ricusarsi i consanguinei o affini dell'una o dell'altra parte in linea collaterale [1] sino al grado di cugino di quinto grado inclusivamente. Il codice di procedura è qui molto più moderato dell'ordinanza del 1667, secondo la quale l'esclusione era assoluta, ed estendevasi sino all'ottavo grado. Ma, quando i legami di famiglia sono tanto rallentati quanto all'epoca nostra, non è forse uno spingersi molto oltre il non arrestarsi che al di là del sesto grado [2]? Checchè ne sia, la ripulsa, come l'esclusione per lo stesso motivo, abbraccia i consanguinei e affini citati contro di me, al pari di quelli citati in mio favore. Noi abbiamo veduto che, nel sistema della legge, gli uni e gli altri sono considerati come sospetti. L'articolo 283-378 aggiunge: « I consanguinei e gli affini dei coniugi « nel grado espresso di sopra, se « pure il coniuge è vivo, o la parte « o il testimone ne ha dei figli vi« venti. Nel caso che il conjuge sia « morto senza discendenti, potranno « soffrire eccezione i consanguinei ed « affini in linea retta, i fratelli, i « cognati, le sorelle e le cognate. »

Sorge evidentemente da questo testo, contro l'opinione di Toullier [3], che si possono ricusare, non solamente i consanguinei del conjuge dell'una delle parti, cioè i suoi affini, ma ben'anco gli affini di questo coniuge, che non sono tuttavia affini della parte. Si può censurare questa estensione, ed invocare il principio che è prevalso, sin dal concilio lateranense del secolo XIII, per le proibizioni di matrimonio: *affinitas non parit affinitatem* [4]. Ma le espressioni della legge sono troppo formali per essere suscettive d'una interpretazione diversa. Essa distingue, infatti, se il conjuge della parte è o pur nò morto senza discendenti, e dichiara ricusabili in entrambi i casi gli affini del coniuge, facendo solamente variare il grado al quale si ferma la facoltà di ricusare il testimonio [*]. È quasi inutile l'aggiun-

tard, t. 2, pag. 242; Berriat, pag. 293, nota 2; Locré, Spir. del codice di commercio, t. IX, p. 307 e 308 ritengono che l'articolo sia limitativo: il maggior numero però è di avviso che i tribunali hanno su questa materia un potere assoluto. V. Dalloz, t. XII, p. 569, num. 5; Toullier, t. IX, p. 443, num. 291 e seguenti; Favard, t. 2, pag. 366, num. 11; Pigeau, *comment.*, tom. 1, pag. 535; Chauveau, sopra Carré, quist. 1101. Quest'opinione venne seguita da un arresto della corte di cassazione delli 8 luglio 1819, e da un altro della corte di Limoges delli 8 marzo 1838.

Si ritiene però generalmente che possa ricusarsi il testimonio il quale abbia un interesse diretto nella quistione. Vedi gli scrittori citati, ed inoltre: Bourges, 30 novembre 1830; Bruxelles, 27 aprile 1821; Bordeaux, 5 giugno 1834; Douai, 19 agosto 1835; Bruxelles, 2 maggio, e 27 gennajo 1835.—*Il Traduttore.*

(1) Noi aggiungiamo *in linea collaterale*, perchè in linea retta, come noi l'abbiamo fatto osservare, non trattasi già di una ripulsa, ma d'una esclusione assoluta (codice di procedura articolo 268-363).

(2) La legge di Ginevra si ferma al terzo grado (art. 228).

(3) Tomo IX, § 289.

(4) Vedi nondimeno Modestino, legge 4, § 3, dig. *de grad. et adfin.*

(*) L'opinione del Bonnier è conforme a quella del Carré, quist. 1001, e di Chauveau, *ibid.* L'opinione di Toullier è stata adottata da Boncenne num. 254.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

gere che non v' ha cosa che possa impedire l'ammessione dei congiunti o affini, nel caso in cui cessa anche l'esclusione per causa di consanguinità o d' affinità, cioè quando la testimonianza domestica rendesi necessaria, come in materia di separazione personale.

Sotto il secondo punto di vista si può ricusare:

1°. Il testimonio erede presuntivo del donatario. L'interesse o la gratitudine lo legano al buon esito della causa della parte che lo fa citare.

2°. Colui che avrà mangiato o bevuto colla parte a di lei spese, dopo la sentenza che ordina l'esame. Questo motivo è vivamente censurato da Boitard [sull'articolo 283], come ingiurioso per l'onore dei testimonii. Sventuratamente l'esperienza giornaliera non viene in sostegno di questo generoso reclamo. Le seduzioni di questa natura hanno soverchia forza, anche nella sfera nella quale si agitano gl' interessi più elevati. Certamente la sospicione varrebbe meglio dell' esclusione facultativa. Ma allora s' impugna l' insieme del sistema che noi siamo alieni dal giustificare. Ammesso una volta il sistema, questo motivo di ripulsa, sebbene poco onorevole, è tutt' altro che inutile. Se havvi caso in cui convenga prendere gli uomini tali quali essi sono, e non tali quali dovrebbero essere, si è precisamente quando si tratta di procedura.

3°. Colui che avrà rilasciato attestati sopra fatti relativi alla causa. In tal caso si può temere, o una determinazione anticipatamente presa in favore del consulente, o l' ostinazione dell' amor proprio, che ricusa di smentirsi. Nè bisogna intendere solamente per attestati i certificati officiosi e volontarii ai quali si attribuisce abitualmente cotesto nome, come sarebbero gli attestati di malattie rilasciati da un medico. Quando i membri di un consiglio di famiglia o di un consiglio municipale, sebbene operando nell'esercizio delle loro funzioni, hanno attestato personalmente i fatti in lite, essi non si trovano più nella indipendenza di mente necessaria per deporre in giudizio secondo il sistema della legge, e quindi divengono ricusabili [rigetto del 2 luglio 1835; Montpellier, 13 luglio 1847]. Avverrebbe altrimenti se essi avessero soltanto pronunziato l' avviso loro sulla quistione, senza aver nulla attestato personalmente [cassazione 25 luglio 1826; Douai, 1 febbrajo 1847]. Si è del pari ricusato e con ragione di considerare che abbia dato un attestato l'uffiziale publico che ha nell'esercizio delle sue funzioni, ricevuto l'atto relativamente al quale è ordinata la pruova testimoniale, per esempio il notaio redattore d'un testamento [cassazione 23 novembre 1812].

4°. I domestici o i servitori. Chiamansi *servitori* coloro che rendono servizii materiali come, i famigli, le fantesche, ec., e domestici coloro che rendono servigi d' un rango più elevato, come i segretarii, i bibliotecarii, ec. Tale era almeno l' antica lingua. Ma, s' egli è vero che, in entrambe le ipotesi, havvi intima relazione colla persona, e di conseguenza presunzione di parzialità, questa presunzione ha minor forza quando i servizii resi appartengono all' ordine intellettuale. Quindi la giurisprudenza ha ammesso la facoltà di ricusare un commesso [Rennes, 30 luglio 1840; Douai, 20 maggio 1847]; ma non il precettore del figlio di una delle parti, o il giovine d' un notaio interessato nella causa [Bourges, 6 giugno 1825; Riom, 28 novembre

Digitized by Google

1828 [*]. Del resto, havvi in ciò una quistione di valutazione che ha maggiore relazione al fatto anzichè al dritto. Aggiungiamo che in materia di separazione personale, la stessa necessità che fa ammettere i parenti, impedisce di ricusare i domestici [codice civile articolo 251], il che debbe anche intendersi pei servitori.

234. Le ripulse di che ci siamo sino a questo punto occupati, hanno un carattere puramente relativo: all'incontro quelle delle quali ci rimane a ragionare, suppongono che il testimonio sia capace d'essere ripulsato in ogni sorta di causa, per ragione di una specie d'infamia inerente alla sua persona. Qui si applicano ancora in tutta la loro forza le osservazioni di Bentham, su quello che ha di contrario alla verità questa presunzione assoluta di menzogna.

Sono ricusabili, sotto questo punto di vista, il condannato ad una pena afflittiva o infamante [1], o anche ad una pena correzionale per causa di furto; inoltre coloro che sono in istato di accusa, cioè che sono stati rimessi alla corte di assise dalla camera delle sottoposizioni ad accusa. Si è mosso dubio se la ria-

(*) Non sarà infruttuoso dar qui l'indicazione dei diversi casi nei quali è stato deciso che un testimonio collocato in una data posizione doveva o no essere annoverato nella classe dei domestici.

§ 1. Sono nella classe dei domestici, e come tali ricusabili in un esame testimoniale:

1. Il commesso di un mercante, gli operai di una fabbrica, e quelli che per loro stipendio non altro ricevono che il vitto; Bruxelles, 16 luglio 1827;

2. Il commesso anche non istipendiato; la stessa corte a 1 maggio 1830;

3. I sopraintendenti di canali relativamente all'amministrazione che li adopera; Orléans, 7 marzo 1821;

4. Gli operai che lavorano abitualmente per una parte; Bruxelles, 29 aprile 1830;

5. Il sergente di polizia ed il guardia campestre di un comune, in una lite che interessi questa comune; Amiens, 26 novembre 1825;

6. Il giardiniere locato ad anno; cassazione 18 aprile 1831, ed in generale quelli che sono stipendiati pei lavori della campagna, al pari di quelli che rendono servizii alla persona del padrone (cassazione, 8 febbrajo 1830).

§ 2. Non sono nella classe dei domestici, e quindi non possono ricusarsi in un esame testimoniale:

1. Il commesso di un negoziante; Bruxelles, 10 luglio 1834; Aix, 24 aprile 1826. Queste decisioni sono in opposizione con quelle del § 1, num. 1 e 2;

2. Il guardia particolare di una parte; Besancon, 29 novembre 1827;

3. Colui che è stato precettore in una casa; Riom, 28 novembre 1828. Le professioni liberali escludono qualunque idea di domesticità.

4. I cocchieri, i quali non sono altro che commessi dell'intraprenditore che li adibisce; cassazione, 30 dicembre 1828;

5. L'inquilino o colono parziario; Amiens, 22 novembre 1822; Poitiers, 16 giugno 1823; Limoges, 8 marzo 1838;

6. Colui che lavora a giornata presso la parte; Poitiers, 6 febbrajo 1833; Metz, 30 aprile 1825;

7. Il giovine di un notajo; Bourges, 6 giugno 1825 e per conseguenza il segretario di un patrocinatore, d'un usciere; sono queste delle professioni in certa guisa liberali;

8. Il bottajo di una delle parti; Colmar, 23 febbrajo 1824.—*Il Traduttore.*

(1) Il condannato per misfatto, se non incorre che una pena correzionale per l'ammessione di circostanze attenuanti, non potrebbe nel silenzio della legge essere considerato come ricusabile (rigetto 18 febbrajo 1840) (*).

(*) Questo dovrebbesi a ragion più forte decidere presso di noi, ove pel R. Rescritto del 3 agosto 1850 il misfatto smette il suo nome d'origine, e prende natura e nome di delitto se per circostanze attenuanti e scusanti l'agente è condannato a pene correzionali.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

bilitazione del condannato faccia cessare la facoltà di ricusarlo. Sembrerebbe naturale decidere, che cancellata una volta l'incapacità legale, la specie d'infamia che dà luogo alla ripulsa si trova ridotta al nulla. Ma non v'ha cosa nelle espressioni della legge che indichi l'intenzione di porre un termine a questa facoltà (Caen, 23 luglio 1840). Altra cosa è l'incapacità di deporre [salve, secondo noi, le semplici indicazioni], che la riabilitazione fà effettivamente cessare, e che talvolta sinanco, principalmente nel caso di condanna per furto (codice penale articolo 401) cessa di dritto alla fine di un dato tempo; altra cosa è la possibilità di essere ricusato, la quale non è una decadenza incorsa dal testimonio, ma solamente una guarentigia per la parte contraria, guarentigia per la quale la legge non assegna alcun termine.

235. I testimonii che avranno meno di quindici anni non sono ricusabili [codice di procedura articolo 285-379]. Essi saranno intesi; ma il tribunale avrà per le loro deposizioni quel riguardo che sarà di ragione. Malgrado i dubii elevati su questo punto da diversi scrittori, noi opiniamo che debbasi qui, per identità di motivi, applicare l'articolo 79-247 del codice di istruzione criminale, il quale esclude la prestazione del giuramento. Questa formalità, già soverchiamente prodigata verso di noi, diviene veramente derisoria quando viene imposta a fanciulli che non ne comprendono l'importanza.

236. Nei casi dalla legge preveduti, la ripulsa può essere ammessa o rigettata, ad arbitrio del giudice?

L'opinione che insegna che le ripulse sono illimitate, ammette, per via di conseguenza [1], che il tribunale ha un potere assoluto relativamente alle ripulse proposte: se fosse altrimenti, le parti immaginerebbero ad ogni tratto nuovi motivi di rigetto contro i testimonii. Ma quelli che pensano come noi che l'articolo 283-378 è limitativo, non hanno ragione di temere questo pericolo di arbitrario, che l'opinione contraria si crea a piacere. Certamente sarebbe molto meglio lasciare al giudice un potere assoluto: ma sventuratamente siffatta opinione non ci sembra in modo alcuno conciliabile coll'articolo 291, secondo il quale, se le ripulse sono ammesse, la deposizione del testimonio ricusato non deve essere letta. Ammettere le ripulse senza conoscere la deposizione dei testimonii, importa evidentemente pronunziarsi *a priori* a norma di una regola legale, e non a norma dell'esame dei fatti. Si è precisamente in questa guisa che la corte di appello di Torino intendeva il progetto, quando essa diceva nelle sue osservazioni: « Noi siamo d'avviso, contro gli autori del progetto, che la deposizione di tutti i testimonii debba sempre esser letta e valutata dai giudici, nella loro saggezza [*]. » Or, il progetto non ha subito alcuna modificazione in questo senso nel consiglio di Stato. Non bisogna adunque esitare a

(1) Vedi Toullier, tomo IX, § 197 e seguenti; rigetto, 2 gennajo 1843, e varie arresti di corti di appello, principalmente Riom, 30 maggio 1844; Poitiers 25 aprile 1850.

(*) L'articolo 379 delle nostre leggi della procedura nei giudizii civili ha fatto una importante modificazione al sistema della procedura francese, seguendo in gran parte l'opinione della corte di Torino. L'articolo 379 è così concepito: « Si riceverà la deposizione anche del testimone ricusato. Potranno essere esaminati gl'individui i quali avranno meno

riconoscere che nel restringere le ripulse a taluni casi determinati, l'articolo ha inteso stabilire nel giudice una obbligazione, e non una facoltà. Numerosi arresti di corti di appello ed un arresto di rigetto, profferito dalla camera civile li 12 gennajo 1848, si sono pronunziati in quest'ultimo senso.

237. Le ripulse si discutono all'udienza dopo che la parte più diligente farà notificare copia dei processi verbali dell'esame; se i motivi di ricusa non sono giustificati in iscritto, si dà luogo ad una novella pruova, che si fa sommariamente, val quanto dire innanzi il tribunale [codice di procedura articolo 287-381 e 290-348].

I testimoni intesi in questa novella pruova potrebbero anch'essi esser ricusati o essere suscettivi di ricuse?

La logica menerebbe a rispondere affermativamente senza distinzione; perocchè quale ragione vi sarebbe d'essere più indulgenti nell'ammettere i motivi di ricusa anzichè nel provare i fatti principali? Ma se si ammettessero dei terzi testimonii a venire a deporre sulle ricuse proposte contro i secondi testimonii che ricusano i primi, perchè non potrebbersi del pari articolare contro questi terzi testimonii nuove ripulse, che darebbero origine ad una quarta pruova, e così di seguito sino all'infinito? Si è compreso il bisogno di fermarsi su questo pendio sdrucciolevole: di conseguenza contro i testimonii prodotti nella seconda pruova non si ammettono ripulse che non siano giustificate per iscritto [*ibid.*, articolo 290-384]. È questo senza dubio un ripiego anzichè un mezzo regolare per uscire d'impaccio; ma se si fosse operato altrimenti, sarebbesi presa una via senza uscita. Quello che havvi di certo si è che le conseguenze del sistema ne accusano il vizio.

§ 4. *Valutazione delle testimonianze.*

238. Questa verità di senso comune, che bisogna pesare le testimonianze e non contarle, fu proclamata dai giureconsulti romani, i quali, come abbiamo veduto, non ammettevano un sistema di pruove legali. Cancellata per molti secoli, questa verità non è stata presso di noi ritornata in onore che da cinquant'anni a questa parte. È stata necessaria una rivoluzione completa nella legislazione per fare ritorno alle nozioni semplici e ragionevoli, che la forza dell'abitudine e dei pregiudizii avea soffocato presso i migliori ingegni.

239. Le regole tecniche sulla pruova testimoniale, immaginate o per lo meno sviluppate dai dottori del medio evo, sono di due specie. Esse tendono, o a richiedere assolutamente talune condizioni perchè possa esistere il convincimento legale, o, il che è molto più grave, a creare in taluni casi un convincimento legale artificiale, quando non esiste un convincimento reale.

240. La massima spesso ripetuta: *io sono convinto come uomo, ma non lo sono come giudice*, trae l'origine sua dalle regole della prima specie. Questa distinzione sarebbe completamente ragionevole, se non altro volesse dinotarsi che una data probabilità, la quale è ammessa come pruova nelle relazioni ordinarie della vita, non può avere la medesima forza in materia giudiziaria. Ma se vuolsi dire, ed è in questo senso che la

« di quindici anni compiti: ma si avrà « per le deposizioni dell'uno e degli altri « quel riguardo che sarà di ragione. » — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

massima interpretavasi nei tempi andati, che, in mancanza di talune determinate condizioni, il giudice non deve indursi a credere, malgrado l'intima convinzione che egli prova, si mette la legge in opposizione col senso comune.

241. La più celebre delle esclusioni motivate sulla ragione che la testimonianza è reputata insufficiente *a priori*, si è quella che consiste nella esclusione di un solo testimonio. L'idea sulla quale riposa questa esclusione si è il pericolo di prestar credito ad un sol uomo, quando esistono già tanti pericoli di frode o d'errore nelle doposizioni conformi di molti. Ma che può conchiudersi da questo? Che una dichiarazione isolata non dev'essere accolta se non colla più grande circospezione.

Tale sembra essere stata del pari l'opinione dei Romani, almeno sino all'epoca del basso-impero. Valerio Massimo (1) ci riferisce che Q. Scevola (forse il giureconsulto Q. Muzio) diceva, dopo aver deposto in une causa: « Ita tibi credi oportere, « si alii idem asseverassent, quon- « iam unius testimonio aliquem cre- « dere pessimi esset exempli. » E queste parole ci vengono citate come una pruova di modestia: elogio che non avrebbe alcun significato se l'esclusione di un solo testimonio fosse stata imposta dalla legge. Quintiliano (2) invoca parimenti la circostanza che un testimonio è unico, come mezzo oratorio, e non mai come argomento legale.

Se percorriamo i testi dei giureconsulti, vi si ritrova incessantemente il principio che non debbesi porre importanza al numero dei testimonii: « Non ad multitudinem testium « respici oportet, dice Arcadio (3), « sed ad sinceram testimoniorum fi- « dem, et testimonia quibus potius « lux veritatis adsistit. » Or una te- « stimonianza isolata può essere impressa d'un carattere marcato di verità, che può mancare a testimonianze numerose, ma sospette. Se leggesi in un decreto imperiale citato da Paolo (4), *unius testimonio non esse credendum*, debbesi rimarcare che il testimonio del quale trattavasi nella specie era sospetto, come figlio del liberto della parte che lo produceva in suo favore. Il decreto può dunque avere statuito piuttosto in fatto che in dritto.

Un altro testo, del quale si è fatto un singolare abuso, si è la legge 12, dig. *de testibus*. « Ubi numerus testium « non adjcitur, dice Ulpiano, etiam « duo sufficient. » Dunque, si è detto, due testimonii possono bastare, ma se ne richieggono per lo meno due. Ma l'intenzione del giureconsulto si trova rischiarata da quello che segue: « Pluralis enim elocutio duorum « numero contenta est. » Ulpiano fa manifestamente allusione a leggi speciali che esigevano nel plurale *dei testimonii*, probabilmente in atti stragiudiziali, e decide, come lo si farebbe anche oggi, che due sono bastevoli. Ma non havvi in questo alcun principio generale sul numero dei testimonii richiesti in giudizio.

Noi non veggiamo formulata chiaramente l'esclusione che sotto Costantino, ed è a notarsi che l'imperatore non s'indusse a questo se non in seguito di una prima costituzione, che raccomandava solamente ai giudici di essere circorpetti: « Simili modo « sanximus [5] ut unius testimonium « nemo judicum in quacumque causa

(1) Lib. IV, cap. 1, § 11.
(2) Declamazione 338.
(3) Legge 21, § 3, dig. *de testibus*.
(4) Legge 20, dig. *de quaest.*
(5) Leg. 9, § 1, cod. *de testibus*.

Digitized by Google

« facile patiatur admitti. Et nunc « manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, « etiamsi praeclarae curiae honore « praefulgeat. » Al basso impero appartiensi adunque la massima *testis unus, testis nullus*, o, come dice Loysel [1] *voix d'un voix de nun* [voce d'uno voce di niuno].

Il dritto canonico proclamò parimenti questa massima, poggiandosi tanto sull'autorità delle leggi romane, quanto su quelle della Bibbia, ove si legge nel Deuteronomio [2]: « Non « stabit testis unus contra aliquem, « quidquid illud peccati et facinoris « fuerit: sed in ore duorum aut trium « testium stabit omne verbum. » Ma questa regola, utile presso un popolo rozzo, che avea bisogno d'essere guidato da prescrizioni positive e letterali, non meritava d'essere trasportata presso i popoli moderni, al pari di tanti altri precetti della legge mosaica che avevano un carattere incontrastabilmente locale e temporaneo. Nondimeno le decretali, dietro quest' autorità, eressero in regola assoluta l'esclusione di un solo testimonio, quand'anche fosse stato vescovo o sinanco arcivescovo; il solo papa aveva il privilegio di essere creduto sulla sua dichiarazione [3].

L'antica nostra pratica francese ha sempre seguito questo sistema. « La « dichiarazione di un solo testimonio, « dice Pothier [4], non può far pruo« va, per quanto sia esso degno di « fede, e siasi qualsivoglia la digni« tà di che è rivestito. Ma un solo « testimonio fa una semi-pruova, la « quale, quando sia sostenuta dal « giuramento, può talvolta, nelle ma« terie di pochissimo rilievo, comple« tare la pruova. La nostra consue« tudine d'Orléans, sulla base di que« sto principio, decide che quando « qualcheduno ha fatto pascolare l'ar« mento suo nel fondo altrui, e ne sia « risultato un danno, la pruova di que« sto può farsi con un solo testimonio « accompagnato dal giuramento del« l'attore, purchè non pretenda più « di venti soldi, se il danno è stato « arrecato di giorno, e di quaranta « soldi, se il danno è stato fatto di « notte. » Si vede bene che la derogazione è lieve, e tale da non potere gran fatto compromettere il principio.

Oggi, sebbene niun testo delle nostre leggi civili abbia espressamente fatto ritorno alla massima *testis unus testis nullus*, sebbene il sistema dell'intimo convincimento non sia stato proclamato che nel criminale [codice d'istruzione criminale artic. 342-292], pure niuno esita a considerare il giudice come svincolato da questa antica restrizione, per la sola ragione che la medesima non è stata riprodotta. L'idea che può farsi tutto impunemente in presenza di un solo uomo è troppo irragionevole perchè la si possa supporre tacitamente conservata [5]. Essa era, peraltro, meno favorevole all'umanità di quello che

(1) *Institut. consuet.*, titolo *delle pruove*, § 10.

(2) Capitolo XIX, vers. 15.

(3) Vedi Cujacio, comment. sulle decretali, tit. *de testibus*, cap. XXVIII.

(4) Trattato delle obbligazioni, numero 818.

(5) Ritrovasi nondimeno tuttora l'esclusione di un solo testimonio, non solamente nelle legislazioni tedesche che hanno sempre di mira il passato, ma benanco nel codice Olandese nel 1838, formulato in gran parte sul nostro codice: « La deposizione « d'un solo testimonio, dice l'articolo 1942 « di questo codice sfornita da qualunque « altro mezzo di pruova, non fa fede in giu« dizio. » In Inghilterra si richiedono due testimonii in talune materie civili (Blackstone, lib. 3, cap. 22, § 4); ma sono questi dei casi interamente eccezionali: ovun-

Digitized by Google

a primo aspetto si potrebbe credere. In mancanza di testimonianze bisognava ottenere una confessione, e per ottenerla ad ogni costo, nei casi gravi ricorrevasi alla tortura. In tal guisa una teorica troppo rilasciata traeva ad un eccessivo rigore. Nulla di simile oggi: il tribunale che prestasse troppo facilmente credito alla testimonianza di un solo, potrebbe giudicar male; ma la sua decisione non potrebbe dare adito ad un ricorso per annullamento [1].

242. Se la regola dell' esclusione di un solo testimonio non era perfettamente ragionevole, un principio ben altrimenti pericoloso erasi quello che, creando un convincimento legale interamente artificiale, prescriveva, all'incontro, che la deposizione conforme di due testimonii non sospetti trascinasse necessariamente ad una condanna. Qui l'applicazione dei testi del *corpus juris* era completamente errata; perciocchè siffatto errore logico non ebbe giammai vita in Roma o in Constantinopoli. Quand' anche volesse applicarsi ai testimonii giudiziarii la legge 12 dig. *de testibus*, secondo la quale due testimonii sono sufficienti, *etiam duo sufficient;* ne deriverebbe la possibilità di condannare sulla dichiarazione di due testimonii, ma non mai l' obbligo di farlo. Il numero non è altro pei giureconsulti romani che uno degli elementi da valutarsi. *Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias velut consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem* [2].

Per quanto concerne la Sacra Scrittura, la di cui interpretazione ebbe anche in questa materia un'influenza sensibile sull' antica nostra procedura formulata in gran parte sul dritto canonico, il testo del Deuteronomio da noi citato esclude, egli è vero, la testimonianza di un solo, ma non sembra affatto che esso imponga l'obbligo di pronunziare in conformità della dichiarazione di un dato numero di testimonii. Quand' anche volesse il medesimo prendersi alla lettera, le espressioni *in ore duorum vel trium testium stabit omne verbum* avrebbero richiesto per lo meno che si fosse andato sino al numero di tre, prima di proclamare un risultamento così grave qual'è quello della fede obbligatoria alla testimonianza.

Pothier, ordinariamente tanto giudizioso, ammette anch'egli purnondimeno senza esitare questa singolare teorica, la quale ripone l' infallibilità nella testimonianza di due uomini, nel mentre essa non vede che errore nella testimonianza di un solo. Egli suppone [3] che due persone dichiarino, l'una d'aver veduto prestare una somma di denaro, l'altra d'avere inteso confessare il prestito. « Il prestito trovasi dunque attestato « da due testimonii, e per conse- « guenza pienamente provato. Sebbene due testimonii, aggiunge e- « gli, bastino per far la pruova d'un « fatto, purtuttavia, siccome la parte « che è stata ammessa alla pruova « non è sicura di quello che i testi- « monii deporranno, essa può farne

que interviene il giurì, la regola dell' intimo convincimento esclude la massima *testis unus, testis nullus* (*).

(*) Tra' diversi codici degli Stati d' Italia quello solamente di Parma, Piacenza e Guastalla prescrive che la pruova di un fatto non può risultare da un numero di testimonii minore di due (artic. 2302). *Il Traduttore.*

(1) Vedi un arresto di rigetto del 22 novembre 1815.

(2) Callistrato, legge 3, § 3, *dig. de testibus.*

(3) Trattato delle obbligazioni, numeri 818 e 819.

Digitized by Google

« sentire sino a dieci sopra un me-
« desimo fatto: l'esame di quelli che
« essa avrà fatto sentire al di là di
« questo numero, non deve passare
« nella tassa delle spese alla parte
« medesima aggiudicate. (1) »

Oggi avviene lo stesso per l'eccedenza sopra il numero di cinque. Il codice di procedura (articolo 281-376) temendo che la moltiplicità dei fatti da provarsi non gravi di soverchie, spese la parte avversa, è stato anche più sobrio dell'ordinanza del 1667 nella tassa di tali spese. Ma è ben chiaro che può a proprie spese citarsi un numero più esteso di testimonii. Oggi la sola quistione che debbesi discutere relativamente al numero dei testimonii è una mera quistione di tariffa; perciocchè se l'esclusione di un solo testimonio è sufficientemente proscritta dal silenzio dei nostri codici, lo stesso debbe a ragion più forte sostenersi della fede interamente artificiale che una falsa interpretazione dei testi attribuiva alle dichiarazioni di due uomini. Nel dritto comune tedesco se il primo di questi principii è tuttora in vigore, il secondo per lo meno è oggi abbandonato, se pure egli è vero che esso sia stato una volta seguito (2).

243. L'applicazione del calcolo alla pruova testimoniale erasi spinta più oltre. Oltre alle due regole principali, di cui l'applicazione era ben semplice, poichè un solo testimonio era respinto, mentre due facevano pruova piena, taluni ammettevano un calcolo di frazioni. Così, il parlamento di Tolosa, voleva, egli è vero, contro quanto prescrivevasi dall'ordinanza del 1667, che il tribunale avesse preso conoscenza delle dichiarazioni dei testimonii ricusati; ma invece di dedurne la libera valutazione del giudice, sola conseguenza logica di questo sistema, esso stabiliva una valutazione matematica di ogni testimonianza, considerata come parte aliquota di una testimonianza irrecusabile.

« Il parlamento di Tolosa, dice
« Rodier [3], ha una maniera tutta
« propria per giudicare le ripulse e
« le obbjezioni: esso le ammette tal-
« volta secondo la loro diversa qua-
« lità, in guisa che esse non tolgono
« interamente di mezzo la dichiara-
« zione di un testimonio, ma la fan-
« no sussistere per un ottavo, per
« un quarto, per la metà, per tre
« quarti; ed una deposizione così ri-
« dotta di valore ha bisogno del soc-
« corso di un'altra per divenire in-
« tera: per esempio, se delle depo-
« sizioni di quattro testimonii ripul-
« sati, due sono ridotte alla metà,
« si ha con ciò un testimonio; se la
« terza è ridotta ad un quarto, e
« la quarta a tre quarti, con ciò
« si ottiene un testimonio, e per
« conseguenza havvi una pruova te-
« stimoniale completa, sebbene tutti
« siano stati ricusati ed abbiano ri-
« sentito in parte i colpi delle ri-
« pulse proposte. »

Nello stesso modo, quando le donne, con ordinanza di Carlo VI del 15 novembre 1394 [4], furono ammesse a deporre, scorse lungo trat-

(1) Ordinanza del 1667, tit. XXII, articolo 24.

(2) Vedi Mittermayer, della pruova in materia criminale, cap. XL.

(3) Sull'ordinanza del 1667, tit. XXIII.

(4) Beaumanoir c'insegna infatti (capitolo XXXIX, § 31) che ai tempi suoi le donne erano ricusabili: « Dames qui sunt
« atraites en tesmongnages, ne doivent
« pas estre rechcues, se cles sunt deba-
« tues de celi contre qui eles sunt trai-
« tes, por nul estat que eles aient, soit
« qu' eles soient veves, ou mariées, ou
« puceles. » Le donne chiamate a depor-

Digitized by Google

to di tempo pria che la loro dichiarazione fosse reputata equivalere a quella di un uomo. Bruneau(1), sebbene contemporaneo della signora di Sevigné, non temeva di scrivere nel 1686 che la deposizione di tre donne non vale quella di due uomini. In Berna, sino al 1821, nel cantone di Vaud, sino al 1824, era necessaria la testimonianza di due donne per controbilanciare quella di un uomo. Occorre rammentare finalmente che noi tralasciamo le suddistinzioni che contribuivano a complicare il sistema, per esempio il principio che una vergine meritava fiducia maggiore di una vedova, *magis creditur virgini, quam viduae* [2].

Quando anticamente dicevasi che una data persona non altro poteva somministrare che una semplice dichiarazione, questa restrizione aveva una grande importanza, perciocchè essa denotava che una deposizione di questa natura non poteva giammai costituire una unità, ma tutto al più una frazione, nel calcolo legale delle testimonianze. Oggi, all'inverso, quando l'articolo 285-379 del codice di procedura ci dice che gl'individui minori dell'età di quindici anni compiti saranno intesi, salvo a fare della loro deposizione quel conto che di ragione, non fa altro che avvertire il giudice ad essere circospetto: ma se questi è intimamente convinto che il minore di quindici anni ha detto la verità, non v'ha cosa che vieti a lui di emettere la sua decisione sopra la dichiarazione di lui, quand' anche questa fosse isolata.

244. Bentham, che critica con tanta energia queste deplorabili regole dei nostri vecchi legisti, propone poi egli stesso, per la valutazione dell'efficacia delle testimonianze, un espediente al quale possono dirigersi i medesimi rimproveri. « Figuratevi, dice egli(3), l'immagine di « una scala divisa in dieci gradini: « essa ha un lato *positivo*, sul quale « s' iscrivono i gradi di convinci- « mento positivo, val quanto dire « che afferma l'esistenza del fatto in « controversia, ed un lato *negativo*, « sul quale s' iscrivono i gradi di « convincimento negativo, che nega, « cioè, l'esistenza del fatto medesi- « mo: in piè della scala havvi O, « pel quale denotasi l'assenza di ogni « convincimento pro o contro. Il « testimonio dice: il mio convinci- « mento è di cinque o di dieci gradi « dal lato positivo, di cinque o di « dieci gradi dal lato negativo, co- « me, parlando della temperatura « indicata dal termometro, si dice: « il mercurio è a dieci gradi al di « sotto o al di sopra di zero.... Se- « guite i progressi dello spirito u- « mano: in ogni cosa cercasi di dare « ad antiche misure un grado ad- « dizionale di perfezione. L'elettro- « metro, il calorimetro, il fotome- « tro, sono produzioni dei nostri « giorni. La giustizia richiede forse « minor precisione della chimica? »

Questa scoverta di Bentham eccitò poco entusiasmo: si è ben compreso che il suo *testimoniometro* non era meno arbitrario del calcolo delle frazioni messo in pratica anticamente in Tolosa. Il convincimento positivo o negativo non può in cotal guisa

re non debbono essere intese, quando siano ripulsate da colui contro il quale esse sono chiamate, qualunque siasi lo stato loro, o di vedove, o di maritate, o di zitelle.

(1) Osservazioni criminali, titolo VIII, num. 40.

(2) Farinacio, *de opposit. contra dicta testium*, quaest. 65, § 180.

(3) *Pruove giudiziarie*, libro I. capitolo XVII.

Digitized by Google

computarsi in cifre. Sottoposta allo scalpello dell'analisi, l'intima convinzione sparisce, in quella guisa in cui i fiori di un erbolajo si disseccano e perdono i loro vivi colori [*].

245. Oggi che non d'altro può esservi quistione che di una certezza morale, i consigli che debbono darsi al giudice, in caso di collisione delle testimonianze, saranno, come anticamente in Roma, fondati unicamente sul buon senso e sull'osservazione. Così, i testimonii che depongono *de visu* meritano maggior fiducia di quelli che depongono solamente *ex auditu*. « Un seul oeil, « dice Loysel [1], a plus de crédit « que deux oreilles n'ont d'*audivi*.» A ragion più forte si dovranno ammettere con estrema circospezione le deposizioni che non riposano se non sopra dei *si-dice* [num. 192 e 193]. « Ouïr-dire va par ville, dice lo « stesso autore [2], et en un muid « de cuider n'y a point plein poing « de savoir [**].» Si è fatta una gran quantità di osservazioni di questa natura; ma in esse non si danno che delle indicazioni, e non precetti positivi. Quelli che vogliono maggiori dettagli, potranno consultare in Toullier, alla fine del tomo IX, il capitolo *della collisione delle testimonianze*, ove ritroveranno un elenco completo delle osservazioni, spesso più morali che scientifiche, fatte dai nostri antichi scrittori sulla credibilità dei testimonii.

§ 5. *Influenza della pruova testimoniale sulla decisione diffinitiva.*

246. Quando le deposizioni dei testimonii sembrano al giudice concludenti, sarà egli per questo obbligato a far trionfare sulla quistione la parte alla quale sia stato favorevole l'esame testimoniale? Questa quistione si lega ad un'altra quistione più estesa, la quale consiste nel sapere in quale senso possa dirsi che il giudice non è vincolato da una sentenza interlocutoria, come sarebbe quella che avesse nella specie ordinato la pruova testimoniale.

247. Osserviamo primieramente che non trattasi qui di sostenere, quello che non è stato giammai sostenuto dalla giurisprudenza, che il tribunale abbia il dritto di recedere da una interlocutoria profferita, e di ritrattarla per una specie di capriccio. Egli è vero che dice-

(*) Filangieri (Scienza della legislazione, lib. II, cap. XIV) proponeva un sistema di pruove legali accoppiato alla certezza morale del giudice. La pruova legale sarebbe stata necessaria per ritenere un fatto qualunque legalmente provato; il giudice però, malgrado la pruova legale del fatto, avrebbe potuto non condannare l'accusato, se non avesse avuto la certezza morale del fatto medesimo.

Questo sistema, del quale lo stesso Filangieri non negava gl'inconvenienti, e che avrebbe dovuto lasciare perpetuamente *sub judice* un accusato rimesso in libertà col *non liquet*, o, assolvendolo dopo un certo tempo dall'accusa, avrebbe indirettamente lasciato al giudice l'arbitrio assoluto di non condannare il reo, non è stato riprodotto dal nostro legislatore. In fatto di convincimento non si può legare il giudice con un sistema preordinato di pruove, perciocchè la verità non è circoscritta da caratteri limitati, sotto i quali debba necessariamente presentarsi. La forza di questo vero mosse il nostro legislatore a sanzionare nell'art. 292 della procedura penale la massima che i giudici debbono risolvere tutte le quistioni di fatto secondo il loro criterio morale, senza che la loro decisione per questa parte possa andar soggetta a censura.—*Il Traduttore.*

(1) Instituz. consuetud., titolo *delle pruove*, § 3.

(2) *Ibidem*, § 2.

(**) Vedi la mia nota sotto il num. 192. —*Il Traduttore.*

Digitized by Google

vasi in Roma [1]: *Quod jussit vetuitve judex, contrario imperio tollere et repetere licet, de sententiis contra.* Ma questo testo, come lo denota a sufficienza la riserva fatta per le sentenze, non applicavasi che agli ordini dati incidentalmente, quando l'azione era arbitraria; ordini i quali, al pari delle nostre sentenze preparatorie, non avevano alcun carattere irrevocabile. Quando, per l'opposto, una decisione pronunziata in contradizione pregiudica il merito, è ben chiaro che il tribunale il quale l' ha profferito con conoscenza di causa è, al pari delle parti, obbligato ad eseguirla. La legge 14 *de re judicata* non potrebbe applicarsi che alle sole decisioni che prescrivono d' officio l' amministrazione di una data pruova. Di conseguenza, se un tribunale ha ordinato una pruova testimoniale, e la parte contro le conclusioni della quale è stata profferita la sentenza interlocutoria, o non l'ha impugnato o l'ha impugnato infruttuosamente coi mezzi legali, non può più quistionarsi sull'ammessibilità della pruova testimoniale, ma se ne debbono unicamente discutere i risultati [rigetto, 8 gennajo 1829; cassazione, 28 maggio 1836]. Se rinviensi talvolta presso gli antichi scrittori la regola che l' interlocutorio non lega il giudice applicata nel senso della legge 14 *de re judicata*, ciò avviene perchè anticamente il significato delle parole *interlocutorio* e *preparatorio* non era bene determinato, e le medesime si adoperavano promiscuamente. L'idea di questi scrittori, per quanto fossero state equivoche le loro espressioni, non ispingevasi al di là delle decisioni puramente preparatorie.

248. Ma non è qui la difficoltà: essa sta per intero nell'influenza che la sentenza interlocutoria debbe spiegare sulla diffinitiva.

Sembra che taluni distinti scrittori non concepiscano che possano elevarsi dubii sulla pienezza di questa influenza. «Il tribunale, dice Boitard [2], nell'ammettermi a provare « per mezzo di testimonii l'esistenza « dell'obbligazione impugnata, e nel« l'ammettermi a siffatta pruova mal« grado la vostra opposizione, ri« conosce ed annuncia con questo « stesso, implicitamente, se volete, « ma certo chiarissimamente, che, « se i testimonii depongono con ca« ratteri sufficienti di verità, voi sa« rete condannato a rimborsarmi la « somma.» Ma questa proposizione ci sembra troppo generale. L' ammessione della pruova testimoniale suppone la soluzione affermativa di due quistioni, l'una di fatto, l'altra di dritto: 1° I fatti sono essi ammessibili? 2° La legge ne permette essa la pruova [codice di procedura articolo 253-348.]?

In quanto alla quistione di dritto, della quale sembra maggiormente preoccuparsi Boitard, egli ha perfettamente ragione; il tribunale non può più svincolarsi, quando abbia una volta proclamato che la pruova testimoniale è permessa o proscritta dalla legge. A ragion più forte le parti le quali avevano la facoltà d'interporre appello, non hanno il dritto di chiedere al tribunale che revochi la propria sentenza [rigetto, 12 gennajo 1836].

Ma non avviene lo stesso per quanto concerne l'ammessibilità dei fatti. È in questa materia che la massima è stata applicata, e che gli antichi nostri scrittori hanno costantemente deciso che il giudice, nell'ordinare

(1) Celso, legge 14, Dig. *de re judicata*.

(2) Sull'articolo 452 del codice di procedura.

Digitized by Google

la pruova di taluni fatti, non s'impegna con ciò a subordinare la sua sentenza diffinitiva al risultato dell'esame testimoniale [1]. « In tutti i « tempi, ed in tutti i paesi, dice « Merlin [2], si è costantemente te« nuto per massima che dopo avere « ordinato la pruova di un fatto, « che sembravagli decisivo, il giu« dice, il quale riconosce che questo « fatto è indifferente, può decidersi « contro la parte stessa che ha fatto « la pruova. »

« È di vero, dice Duparc-Poulain [3], qualunque giudice che « ordina un genere d'istruzione repu« tasi aversi sempre riservata la li« bertà di giudicare tra le parti se« condo l'equità, e conservare, di « conseguenza tutti i loro diritti sino « alla sentenza diffinitiva. Sovente « la sola istruzione completa può « addimostrare al giudice il vero « punto di decisione; e se si toglies« se a lui la facoltà di allontanarsi « dal pregiudizio, da lui medesimo « stabilito coll'interlocutoria, quan« do l'istruzione era imperfetta, lo « si collocherebbe nella necessità di « commettere un' ingiustizia, per « quanto pura si fosse stata l'inten« zione sua quando quella sentenza « profferiva. »

Infatti, non può mettersi in dubio che le conclusioni delle parti possono dare ai fatti un' apparenza di gravità, la quale svanisce quando la deposizione dei testimonii, sebbene confermi l'esistenza di questi medesimi fatti, li presenta sotto il loro vero punto di vista. Inoltre la pruova risultante dall'esame dei testimoni dev' essere combinata collo studio approfondito di tutti i documenti della causa, dei quali non si presume mai che il giudice abbia voluto spogliarsi. Così, è stato deciso (Tolosa, 2 gennajo 1841), che dopo avere ordinato la pruova testimoniale di fatti ammiliti per mezzo di titoli, pel motivo che i titoli non erano sufficienti, potevansi in prosieguo, sebbene l'esame testimoniale fosse stato dichiarato nullo, ritenere i fatti come sufficientemente provati dai titoli stessi. Si è del pari deciso, in materia criminale (cassazione 28 maggio 1836), che un'imputato, dopo essere stato ammesso alla pruova giustificativa d'un delitto, sebbene abbia provato il fatto, debba essere condannato quando costi, dietro maturo esame, che il fatto non era giustificativo. Una quantità di decisioni sono state profferite in questo senso.

Nè si dica che questa teorica tende a confondere le sentenze interlocutorie con quelle che sono semplicemente preparatorie, poichè il merito non è pregiudicato. Dapprima, havvi sempre pregiudizio relativamente alla quistione di dritto; inoltre basta che in fatto la pruova testimoniale spieghi una notevole influenza sul risultato della lite, quand'anche questa influenza non sia assoluta, per dare alla sentenza che l'ordina un carattere speciale che la renda di conseguenza capace d'essere col-

(1) Osserviamo tuttavia che non devesi confondersi con una sentenza veramente interlocutoria, quella che stabilisce le basi delle condanne da pronunziarsi, sebbene elegga periti e arbitri per determinarne l'ammontare. Una simile sentenza non solo pregiudica, ma giudica, e quindi dev' essere considerata come diffinitiva, relativamente alle basi stabilite (rigetto, 12 aprile 1847). È prudenza quindi, per evitare qualunque difficoltà nei casi dubbii, dichiarare, quando non altro vuolsi profferire che una sentenza interlocutoria, che si statuisce prima di far dritto e senza nulla pregiudicare nel merito (rigetto, 29 marzo 1836).

(2) Repertorio, v. *Jugement*, § 3.

(3) Principii di dritto tomo IX, p. 494.

Digitized by Google

pita d'un appello immediato. Finalmente il tribunale, nell'ordinare un provvedimento che egli reputa utile alla manifestazione della verità, può dare delle speranze alla parte che ha reclamato tale provvedimento; ma non contrae nè deve contrarre alcun impegno verso di essa. Altro è dichiarare una prova testimoniale legale ed ammessibile, altro l'obbligarsi a profferire ciecamente secondo gli elementi della prova, astruzion facendo dai lumi che possa apprestare un più profondo esame della causa. Interpretata in questo modo, la massima che l'interlocutorio non lega il giudice non merita punto il disdegno col quale è stata accolta dalle menti che non ne hanno bene afferrato il significato pratico. L'andamento più conforme ad una sana teorica non è forse quello il quale, invece d'incatenare il giudice ad un solo mezzo d'informazione, gli conserva pel maggior tempo possibile l'indipendenza sua: *non ad unam probationis speciem cognitionem statim allegari debere* (1) [*]?

SECONDA FORMA DELL'ESAME TESTIMONIALE.

Esame orale.

249. L'esame dei testimonii innanzi un giudice commessario incaricato di redigere per iscritto le loro deposizioni, non ha luogo nè in talune materie civili; ove l'esame è chiamato *sommario*, nè nelle discussioni criminali. Parleremo primieramente dell'esame civile orale, nell'organizzazione del quale le forme dell'esame ordinario hanno lasciato maggiori traccie, mentre l'andamento più libero della prova testimoniale nelle materie penali è regolato da principii che sono a quelle particolari.

§ I. *Esame orale nelle materie civili, detto sommario.*

250. L'uso di sentire i testimonii all'udienza si è sempre conservato nelle giurisdizioni consolari. L'utilità incontrastabile di questo sistema per le cause più semplici indusse i redattori dell'ordinanza del 1667 [2] ad introdurre innanzi i tribunali propriamente detti l'esame orale per le materie sommarie, malgrado i reclami del presidente Lamoignon, il quale, per respingere questa innovazione parziale, invocava le ragioni medesime che sonosi ai nostri giorni invocate per giustificare l'esame scritto nella materie ordinarie. L'esperienza è stata favorevole a questa disposizione dell'ordinanza, riprodotta dal nostro codice di procedura.

Inoltre, la legge del 6 ottobre 1790, che organizzò il modo di pro-

(1) Callistrato, legge 3, § 2, dig. *de testibus*.

(*) Quello che in Francia è stato oggetto di viva controversia, è testualmente risoluto dalle nostre leggi della procedura nei giudizii civili. L'articolo 515 ha modificato l'articolo 451 della procedura civile di Francia, aggiungendo che « in generale le sentenze preparatorie, interlocutorie e provvisionali non sono di pregiudizio nella definitiva, conformemente alla dichiarazione contenuta nell'articolo 135. »

La dichiarazione dell'articolo 135 è la seguente: « In generale le sentenze preparatorie, interlocutorie, ed anche le provvisionali dei giudici di circondario non sono mai di pregiudizio nella definitiva; non rimanendo in alcun modo il giudice da esse legato, potrà sempre riformarle e rivocarle quando pronunzierà definitivamente in merito, quantunque siano state eseguite dalle parti. » —*Il Traduttore.*

(2) Titolo XVII, articolo 8.

Digitized by Google

cadere innanzi i giudici di pace, ha fatto una terza applicazione della pruova testimoniale sommaria. Bisogna confessare, in quest'ultimo caso, che sarebbe stato difficile seguire un andamento diverso, perciocchè, essendo un solo il giudice, sarebbe stato inutile l'investirlo della qualità di commessario [*].

254. Le materie sommarie, che danno luogo innanzi i tribunali civili alla semplificazione dell'esame dei testimonii, sono, oltre alle quistioni facili o urgenti, delle quali trovasi l'enumerazione nell'articolo 404-497 del codice di procedura, tutte quelle sulle quali questi tribunali possono statuire in ultima istanza ai termini dell'articolo 1° della legge delli 11 aprile 1838. Oggi di conseguenza tutte le cause decise senz'appello sono sommarie; ma la proposizione reciproca non è vera, perciocchè nella maggior parte dei casi previsti dall'articolo 404-497, la causa è sommaria di sua natura, qualunque siane altronde il valore.

252. La prima semplificazione introdotta dalla legge in questa materia si è che non è necessario che i fatti siano preventivamente articolati [codice di procedura articolo 407-500]. Ma questa dispensa non debbe interpretarsi alla lettera. Come potrebbe il giudice dichiarare ammessibile la pruova se i fatti non fossero stabiliti? Si è voluto solamente escludere la notificazione di conclusioni speciali, con un termine di tre giorni per impugnarle; ma non è per questo men necessario che i fatti siano articolati all'udienza al momento della difesa, ed indicati nell'atto ordinario che contiene le conclusioni, onde possano essere discussi colla contradizione dell'avversario.

I termini rigorosi imposti nell'esame testimoniale scritto, tanto per incominciarlo, che per condurlo a compimento, sono inapplicabili all'esame testimoniale orale. La sentenza interlocutoria, che non è indispensabile notificare (eccetto il caso di contumacia), stabilisce direttamente il giorno in cui i testimonii debbono comparire. Non è necessario che la proroga del termine, se ve ne sia, si domandi nel giorno stabilito per l'esame dei testimonii, poichè in questa materia non havvi stabilimento di termine, e perchè altronde il codice di procedura (articolo 413-506) non riproduce in materia sommaria la disposizione dell'articolo 279-374 (Douai, 14 settembre 1844).

253. La regola che prescrive l'esame dei testimonii all'udienza nelle materie sommarie, è d'ordine pubblico, siccome quella che tende ad assicurare la speditezza dei giudizii e l'economia delle spese. Questo è stato deciso con arresto di cassazione del 1 agosto 1832 [**].

Per quanto concerne il modo di redigere il processo verbale dell'e-

(*) Lo stesso è prescritto dall'articolo 140 delle nostre leggi della procedura nei giudizii civili.—*Il Traduttore.*

(**) L'opinione di Bonnier è conforme a quella di Dalloz, t. X. p. 878, num. 3; però l'opinione contraria è sostenuta da Chauveau, sopra Carrè, quist. 1479, 2°, ed è sanzionata da due arresti, l'uno della corte di Besancon, del 9 dicembre 1808, l'altro della corte di cassazione, del 27 maggio 1839.

Ritiensi però generalmente che se, prima di riceversi la pruova, si denunciasse ad una giurisdizione superiore la sentenza che ha ordinato l'esame innanzi un giudice commessario e fuori dell'udienza, il giudice adito non potrebbe dispensarsi dall'annullarla. Bordeaux, 19 agosto 1811 e 31 marzo 1830; Bruxelles, 20 luglio 1835 (*J. Av.* t. XLV, p. 661); Chauveau, *loco citato.* —*Il Traduttore.*

Digitized by Google

same e le indicazioni che il medesimo deve contenere, noi l'abbiamo trattato altrove come materia di pura procedura (1).

254. Sebbene semplicizzati, gli esami testimoniali sommarii non sono peranco svincolati da tutte le prescrizioni arbitrarie della nostra vecchia procedura. Si ritrova in essi non solamente la proibizione di sentire, tanto i consanguinei delle parti, che i congiunti ed affini in linea retta, ma benanco l'uso biasimevole delle ripulse.

Sull'applicazione di questa usanza nelle materie sommarie elevasi una grave controversia. Si domanda se il testimonio ricusato debba essere nondimeno inteso all'udienza, come lo sarebbe innanzi il giudice commessario (*ibid.*, art. 284-379): ovvero se debbasi sostenere che la sua deposizione non dev'essere intesa, in quella guisa che essa non sarebbe letta nelle materie ordinarie.

In favore della prima opinione invocansi le espressioni dell'articolo 411-504, ove è detto che, il testimonio *dichiara* se è consanguineo, affine, domestico o addetto al servizio delle parti; pruova evidente, si dice, che la sua deposizione può essere ricevuta in simile circostanza.

Si fa principalmente rimarcare che, per le cause soggette all'appello, quelle alle quali applicasi precisamente l'articolo 411-504, riuscirà forse impossibile sentire una seconda volta i testimonii, quando la ripulsa sia diffinitivamente respinta dal tribunale superiore, e che in questo caso almeno sarebbe opportuno ricevere la loro deposizione, salvo a farne quell'uso che di ragione. Noi concepiremmo quest'opinione, se la deposizione del testimone ripulsato potesse esercitare qualche influenza sulla sentenza del tribunale, che lo fa comparire innanzi a se. Ma ritiensi generalmente da tutti che il legislatore, il quale in questo caso rinvia alle regole sulle ripulse e sulla maniera di giudicarle, non ha inteso allontanarsi dall'andamento ordinario. Volere di conseguenza che i giudici ricevano la deposizione di un testimonio, e che facciano in prosieguo completamente astrazione dall'impressione che essa avrà lasciato nella mente loro, è lo stesso che pretendere l'impossibile. È già sufficientemente spiacevole che il giudice commessario sia ordinariamente chiamato a statuire dopo avere inteso il testimonio ricusato, ne occorre, quindi, aggravare maggiormente cotesto abuso, collocando in tal caso l'intero tribunale in una falsa posizione. L'inconveniente accidentale che risulterebbe dall'impossibilità di riprodurre in appello talune deposizioni, non sembra tale da contraporsi al vizio permanente dell'esame del testimonio la di cui deposizione non dovrebbe avere influenza di sorta. Questo vizio sarà, egli è vero, inevitabile, quando le ripulse saranno proposte solamente dopo l'esame del testimonio; ma in questo caso la parte che ha ritardato a farle valere, debbe unicamente imputare a se medesima le conseguenze della negligenza sua. Questa facoltà di non proporre le ripulse se non dopo l'esame, o sinanco di trasandarle; spiega la redazione dell'articolo 411-504, secondo il quale il testimonio deve *dichiarare* se egli è consanguineo, affine, ec., dell'una delle parti. Ma non per questo la sua deposizione non sarà ricevuta, quando non siavi alcuno che vi si opponga; ma è sempre necessario che la sua qualità sia conosciuta. Finalmente, quello che sembra decisivo, si è che l'esame

(1) Elementi di organizzazione giudiziaria e di procedura civile, t. II, n. 1320.

Digitized by Google

del testimonio nelle materie sommarie corrisponde esattamente alla lettura della deposizione nelle materie ordinarie, lettura che è espressamente vietata. La corte di cassazione si è pronunziata varie volte in questo senso, principalmente con un arresto di annullamento del 26 giugno 1829 [*].

255. Nelle materie commerciali gli esami si fanno sempre sommariamente. Tuttavia le materie commerciali ammettono anche maggiore semplicità delle materie civili ordinarie. Le parti possono di conseguenza consentire all'adozione di forme meno complicate per l'esame dei testimonii [Rennes, 30 agosto 1817]. Nello stesso modo, non essendo la pruova testimoniale colpita di sospicione innanzi la giurisdizione consolare, si ammette che l'esame commerciale nullo, anche per colpa della parte o del procuratore, può essere ricominciato [Orléans, 30 giugno 1819].

Le stesse decisioni debbono applicarsi innanzi la giustizia di pace.

II. *Amministrazione della pruova testimoniale nelle materie criminali.*

256. Osservammo [num. 199 e 202] come erasi nell'antico diritto introdotta l'amministrazione segreta della pruova testimoniale tanto nel civile che nel criminale, essendosi a poco a poco stabilito l'uso di giudicare le cause dietro i rapporti degli esami testimoniali, senza sentire i testimonii all'udienza. Nelle materie criminali il segreto della procedura era prevalso nella più assoluta maniera, incominciando dal secolo XVI, perciocchè l'informazione, non solo ricevevasi fuori la presenza del querelante e dell'accusato, ma non dovevasi neanco ad essi comunicare giammai [1]. Il sistema dell'antica giurisprudenza, principalmente dopo i perfezionamenti introdotti dall'ordinanza del 1667, era il solo che contiagrasse talune guarentigie per l'accusato. Il confronto dei testimonii, cioè la reiterazione della loro testimonianza quando dovevasi regolare il processo *extraordinariamente* [2], tendeva ad assicurarsi della persistenza della loro convinzione. Il confronto dei testimonii coll'accusato in presenza del giudice istruttore stava invece dell'udienza pertanto spesse di discussione a porte chiuse. Ma era necessario che quest'ultimo provvedimento fosse stato ordinato, e potevasene far di meno per motivi reputati gravi, quale erasi il timore che avrebbe potuto incutere l'accusato a coloro che dovevano deporre contro di lui [3].

« Tutte queste procedure segrete,

(*) Lo stesso è stato deciso da due altri arresti della corte di cassazione, l'uno del 7 luglio 1820, l'altro riportato da Sirey, tom. XXXV, tit. 611, approvati da Boncenne, tit. IV, pag. 389. V., inoltre Rennes, 18 aprile 1816; Bruxelles, 15 aprile 1816; cassazione, 2 luglio 1833. Chauveau nelle sue note sopra Carrè quist. 1120, 3° e quist. 1486, 4° fa una distinzione, secondo la quale il testimonio non dev'essere inteso quando la causa non è soggetta all'appello; debbe però riceverseno la dichiarazione quando la causa è suscettiva d'essere impugnata coll'appello, perciocchè può in taluni casi divenire impossibile sentirsi il testimonio dalla corte di appello. Quest'opinione è stata confermata da due arresti, l'uno della corte di Metz, del 30 aprile 1825, l'altro della corte di Bruxelles, del 16 giugno 1832 (*Journ. des Avoués*, tit. XLIX, pág. 687). — *Il Traduttore.*

(1) Muyart di Vouglans, *Instit. di dritto* criminale, parte V. cap. III.

(2) Il regolamento del processo consisteva nel decidersi se doveva giudicarsi *estraordinariamente*, cioè colle forme particolari all'istruzione criminale, ovvero convertirsi in processo civile, cioè giudicarsi all'udienza.

(3) *Ibid.* parte V, cap. X.

Digitized by Google

« dice Voltaire (1), somigliano forse « soverchiamente alla miccia che bru- « cia imperettibilmente per metter « fuoco alla bomba. Il segreto è forse « per la giustizia? Il solo delitto è « quello che dee cercare le tenebre. »

L'Assemblea costituente fece dritto ai reclami dei publicisti (*). La deposizione dei testimonii all'udienza, che traeva seco necessariamente il confronto, fu prescritta dalla legge del 29 settembre 1791. Tuttavia l'*informazione* ritrovasi ancora nel nostro dritto criminale (codice d'istruzione criminale articolo 228-235); ma questa oggi non in altro consiste che nel sentire i testimonii nella procedura preparatoria innanzi il giudice d'istruzione (2). Questo esame è rimasto segreto, e così dev'essere. Havvi ugualmente eccesso, tanto nel sistema che getta un velo su tutta l'istruzione, compresavi la discussione diffinitiva, quanto nel sistema diametralmente opposto, praticato in Inghilterra, il quale, col rendere l'accusa pubblica sin dai primi atti, corre pericolo di svegliare e far mettere in guardia i condelinquenti ed i complici.

Ma la redazione di queste deposizioni per iscritto non ha altro scopo se non quello d'illuminare la camera del consiglio e la camera delle sottoposizioni all'accusa sulla natura dei fatti pei quali si è aperto procedimento. Queste deposizioni non debbono figurare (*ibid.* articolo 341 293) nel numero degli elementi che debbono servire di base al convincimento dei giurì, e ritiensi generalmente, sebbene la legge non si spieghi tanto positivamente (*ibid.* articolo 153 e 190) pei tribunali di semplice polizia (3) e per quelli di polizia correzionale, che non debbansi nell'egual modo ammettere che deposizioni orali innanzi queste giurisdizioni. Si è di conseguenza deciso che una dichiarazione mendace, fatta innanzi il giudice d'istruzione, non potrebbe costituire il misfatto di falsa testimonianza (arresto di cassazione del 14 e del 30 settembre 1822) [**].

Teorica che trovasi altronde chiaramente formulata nel rapporto dell'oratore del corpo legislativo su questa materia.

Non essendo nostro speciale scopo seguire tutto il cammino di una procedura criminale, ma bensì ricercare le pruove sulle quali debba poggiare il convincimento diffinitivo, noi non ci occuperemo d'altro che della pruova testimoniale orale e pubblica, amministrata prima della decisione. Questa parte della discussione, la quale nel nostro dritto moderno, non ha più alcun nome distintivo, può essere considerata sotto i punti di vista che corrispondono

(1) *Premio della giustizia e dell'umanità;* frammento già citato, articolo 22 §5.

(*) Possono in proposito consultarsi le bellissime riflessioni del Filangieri, *Scienza della legislazione.* lib. 2, cap. 3 e 4. *Il Traduttore.*

(2) I testimonii, seguendo l'uso inglese, erano sin'anco intesi innanzi il giurì accusa, sotto l'impero della legge del 29 settembre 1791. Quella del 7 pioveso anno IX, col sopprimere siffatto esame, e col limitare all'esame dei documenti scritti la missione del giurì d'accusa, preparò la restituzione completa alla magistratura dell'istruzione preparatoria, restituzione operata dal codice d'istruzione criminale. Tuttavia non possiamo dissimulare che l'istruzione del giurì è poco compatibile col segreto tanto essenziale nell'inizio dei procedimenti.

(3) Nei casi rari in cui, contro il voto della legge (*ibid.* 129), siavi stato, in fatto, una istruzione preparatoria per semplici contravvenzioni.

(**) Questa teorica non potrebbe essere ammessa presso di noi, ove, in forza dell'articolo 195 delle leggi penali, la falsa testimonianza può risultare anche da una dichiarazione non giurata.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

ai quattro primi punti (2) da noi sviluppati quando trattammo dell'esame dei testimonii: 1° l'andamento generale della discussione; 2° le sanzioni della comparsa e della veracità dei testimonii; 3° l'esclusione di taluni testimonii; 4° la valutazione delle testimonianze. Per la disamina di questi quattro assunti, noi ci asterremo principalmente alla procedura più importante, quella delle corti di assise riserbandoci di fare rilevare le divergenze che offre talvolta quella dei tribunali criminali inferiori.

§ 1. *Andamento generale della discussione.*

258. La pubblicità della discussione in materia criminale fu decretata ad acclamazione dall'assemblea costituente. Ma il modo in cui questa discussione doveva essere organizzata diè nascimento ad una grave disputa in cui, le traccie di un sistema giudiziario radicato sin da più di tre secoli trovarono in Tronchet (1) un valente difensore. Questo giureconsulto, preoccupato dei vantaggi che offre la scrittura, tanto per dare una base stabile all'esame giudiziario, che per facilitare i procedimenti contro i falsi testimonii, propose di fare redigere per iscritto e leggere ai testimonii le deposizioni da loro fatte.

Questo sistema sembrava accoppiare i vantaggi della discussione orale con quelli della procedura scritta. Ma esso fu confutato (2) da Thouret, il quale difese sempre, con tanto zelo e savizza ad un tempo, le innovazioni dell'assemblea in materia di organizzazione giudiziaria.

Thouret dimostrò che la lentezza di questa forma d'istruzione, tollerabile per un giudice commessario abituato per lunga pratica alla speditezza, sarebbe insopportabile pei giurati, i quali vedrebbersi ad ogni piè sospinto esposti al pericolo di perdere il filo della discussione. E inoltre non potrebbero essi, fidando sui documenti scritti, non seguire più la discussione con molta religiosa attenzione? Non sarebbe forse a temersi che questo modo di procedere, abituandoli a sostituire documenti tecnici agli elementi morali di convinzione, non faccia rivivere il sistema delle prove legali, delle quali chiedevasi da tutti generalmente l'abolizione nelle materie criminali? Queste gravi considerazioni fecero ammettere definitivamente la discussione puramente orale, al pari di quella che si è sempre praticata innanzi i giurì dell'Inghilterra e degli Stati-Uniti. Questo esame orale dei testimonii senza alcuna redazione di scrittura, si pratica innanzi tutte le giurisdizioni criminali.

Dobbiamo tuttavia rimarcare un uso consacrato dalla giurisprudenza, ma, secondo noi, poco conforme allo spirito della legge; quest'uso consiste nel subordinare, in materia di polizia semplice o correzionale, all'autorizzazione del tribunale di appello la facoltà di far sentire i testimonii che hanno già deposto innanzi i primi giudici. Eppure, come formarsi una chiara convinzione sopra semplici notamenti presi all'udienza,

(1) Noi non abbiamo cosa da aggiungere relativamente al 5° punto nel quale trattammo per l'esame testimoniale scritto, l'influenza dell'interlocutorio sulla sentenza diffinitiva. La quistione che può qui presentarsi principalmente in materia di polizia correzionale, deve ricevere la medesima soluzione che riceve nel civile.

(2) Seduta del 5 gennajo 1791.

(3) Seduta delli 11 e 12 gennajo 1791.

Digitized by Google

dal cancelliere? Se il legislatore avesse voluto che avesse potuto farsi di meno di sentire i testimoni innanzi la seconda giurisdizione, non avrebbe egli, come nelle materie civili, prescritto la redazione d'un processo verbale dettagliato?

La corte di cassazione (arresto del 4 agosto 1820, del 24 settembre 1831 e del 30 novembre 1832) si fondò sull'articolo 175-391 [*]) del codice d'istruzione criminale, così concepito: « Quando sull'appello il procuratore del re o una delle parti lo richiederà, i testimonii *potranno* essere intesi di nuovo, e *potranno* sinanco sentirsene altri. » Queste espressioni, si dice, indicano una semplice facoltà pel tribunale. Ma, per essere conseguenti in questo sistema d'interpretazione, bisogna anche lasciare al giudice un potere assoluto per ammettere o rigettare in massa i nuovi testimoni che le parti vogliono citare, perciocchè anche per questi ultimi si dice che essi *potranno essere* intesi.

La giurisprudenza però non indietreggi innanzi a questa conseguenza. Egli è vero che con arresto di annullamento del 25 novembre 1824 è stato deciso non essere necessaria l'autorizzazione del tribunale per far citare i testimonii innanzi le giurisdizioni di polizia; ma sembra che i motivi di questo medesimo arresto consacrino in modo assoluto la facoltà pei giudici di non sentire i testimonii, il che renderebbe illusorio il dritto di farli citare. Come mettere in tal guisa la difesa delle parti all'arbitrio dei giudici di appello? Questo importa abusare del principio, costante innanzi tutte le giurisdizioni, che permette di rigettare tutto quello che tenderebbe a prolungare il giudizio senza far concepire maggiore certezza nei risultati (codice d'istruzione criminale articolo 270). Se però le espressioni: i testimonii *potranno* essere intesi nuovamente, e se ne *potranno* sentire degli altri, si riferiscono ad una facoltà legale e non ad una semplice autorizzazione, debbesi decidere, nelle materie di polizia non meno che nelle materie criminali, che accanto al dritto di escludere le deposizioni superflue, trovasi il dovere di non attaccare menomamente il libero esercizio della difesa e dell'accusa, dovere che la corte suprema è specialmente incaricata di fare rispettare [*ibid.*, articolo 408].

Le decisioni da noi censurate sono state, a quel che sembra, dettate dal desiderio di evitare le spese. Per quanto possa essere lodevole siffatta tendenza, a noi sembra che l'interesse di una buona amministrazione della giustizia sia più prezioso di quello dell'economia. Il vizio si ritrova forse nel principio medesimo dell'appello, nella doppia giurisdizione per cause d'interesse sovente volte debole, mentre nell'alto criminale non havvi che un solo grado di giurisdizione. Ma, ammesso una volta il principio, è contraddittorio il permettere che il tribunale superiore non debba avere il dritto di circondarsi dei lumi di che si avvalsero i primi giudici.

259. Innanzi la corte di assise la lista dei testimonii, tanto a carico che a discolpa, è letta dal cancelliere (codice d'istruzione criminale articolo 315-239), dopo la lettura dell'arresto di rinvio e dell'atto di accusa, e dopo l'adempimento di

(*) L'articolo 391 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali è così concepito: « Se la gran corte per giudicare l'appello non creda sufficiente l'istruzione che le è stata trasmessa, può ripetere la pubblica discussione. — *Il Traduttore.*

talune preliminari formalità. I nomi, le professioni e le abitazioni dei testimonii si devono notificare, ventiquattr'ore prima dell'esame, all'accusato dal procurator generale o dalla parte civile, ed al procurator generale dall' accusato. È importante, infatti, lasciare a coloro che hanno interesse a combattere una data deposizione, un tempo bastevole onde potere, con cognizione di causa, presentarla come sospetta, e talvolta ancora impedire che sia ricevuta. Nondimeno la mancanza di notificazione o d'indicazione precisa dei testimonii non altro dritto dà alla parte avversa che quello di opporsi all' esame; se però i testimonii, relativamente ai quali queste formalità non sono state adempiute, siano stati intesi senza opposizione, la nullità è coverta (rigetto del 28 novembre 1844); a differenza di quello che aveva luogo sotto il codice di brumale anno IV, (articolo 346 di questo codice). Del resto quando si è fatta la notificazione regolare e l'inserzione nella lista [1], non può la corte ricusarsi a sentire il testimonio sul pretesto che non sia stato questo preventivamente citato [codice d' istruzione criminale articolo 324]. La citazione, la quale non aveva altro scopo che quello di avvertirlo, diviene senza oggetto quando egli si presenta volontariamente. Questa dicisione ragionevole dev'essere, per identità di motivi, applicata nelle materie di polizia di correzionale [Poitiers, 14 febbrajo 1837; Grenoble, 31 dicembre 1842]. Non vi sarebbe dubio nei giudizii di semplice polizia, ove le parti stesse possono comparire sopra un semplice avvertimento [*ibid.*, articolo 142]; ma i testimonii non potrebbero essere obbligati a venire all'udienza senza una citazione (*).

L'articolo 321 del codice d'istruzione criminale vuole che le citazioni fatte ad istanza degli accusati siano a loro spese, al pari dell'indennità dei testimonii a discolpa. Se la legge si fosse arrestata a questo punto, la difesa si renderebbe quasi sempre impossibile, attesa l'insolvibilità notoria della maggior parte degl'imputati. Avventurosamente l'articolo aggiunge che il procurator generale può fare a propria istanza citare i testimonii che gli saranno indicati dall' accusato, nel caso in

(1) Quand'anche non siavi stata notifica, se l'esame del testimonio è reputato utile, esso è chiamato a deporre senza prestar giuramento, in virtù del poter discrezionale del presidente.

(*) Le nostre leggi della procedura penale hanno fatto su questa materia delle importanti modificazioni. Terminata la parte inquisitoria del processo colla decisione di sottoposizione ad accusa, e scorso il primo termine di cinque giorni per le domande di nullità e d'incompetenza e per quelle di sperimenti di fatto (articolo 175), il presidente o il giudice delegato apre un termine di ventiquattr'ore, nel quale il ministero pubblico e la parte civile debbono presentare in cancellaria la lista dei testimonii rispettivamente sottoscritta (articolo 195). L' incolpato presenta ancor egli le sue posizioni a discolpa e la nota dei testimonii sottoscritta dal suo difensore. In questa nota ogni testimonio sarà designato chiaramente pel suo nome, cognome, professione e domicilio. L'ordinanza che apre questo termine, egualmente che la sua notificazione alle parti è prescritta a pena di nullità.

In conseguenza di questa disposizione niun testimone può presentarsi nella pubblica discussione, nè essovi ascoltato, se non è compreso nella nota del ministero pubblico, della parte civile e dell'accusato. Ove però nel corso della pubblica discussione sorga l'utilità e la necessità di sentire un testimonio non dato in nota da alcuno, la gran corte potrà ordinare che il medesimo si presenti, e ne riceverà la deposizione (articolo 243).—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

cui reputerà che la loro dichiarazione possa essere utile allo scovrimento del vero: nè mai nella pratica il ministero publico si nega ad applicare questa disposizione. [*]

260 L'assistenza dei testimonii alle formalità che precedono la discussione propriamente detta, principalmente alla lettura della decisione di rinvio e dell'atto di accusa, non è affatto richiesta. Basterà che essi rispondano alla chiamata dei loro nomi: anzi è a desiderarsi che essi non abbiano preso conoscenza di questi documenti onde si presentino alla discussione colla mente vergine di qualunque impressione che potrebbe cancellare le loro personali rimembranze.

Essi debbono deporre separatamente (*ibid.*, art. 317-245). In tal guisa si rendono più difficili le collusioni fraudolente (1), e si evita quella tendenza all'imitazione tanto contagiosa presso le menti deboli, e che trarrebbe seco troppo spesso nelle testimonianze una desolante uniformità. Di conseguenza il presidente ordina ai testimonii [*ibid.*, articolo 316-244], dopo la chiamata dei loro nomi, di ritirarsi nella stanza loro destinata, e dalla quale essi non debbono uscire che per deporre. Egli prende inoltre, all'occorrenza, delle precauzioni, come sarebbe l'invio di un usciere nella stanza, per impedire che essi conferiscano tra di loro del reato e dell'imputato. In Inghilterra questo provvedimento tanto saggio non è messo in opera se non quando è richiesto da un giurato, il che avviene assai di rado. Aggiungiamo tuttavia che, sebbene tali precauzioni siano utili, esse non sono dal codice d'istruzione prescritte a pena di nullità [rigetto del 7 gennajo e delli 11 novembre 1847].

261. L'esame deve, per regola generale, farsi in presenza dell'imputato, poichè il confronto è essenziale al nostro dritto. Ma il timore della debolezza di un testimonio a carico, o della collusione di un testimonio a discolpa può rendere desiderabile l'assenza momentanea dell'accusato nel corso di talune deposizioni. Il presidente può ordinarla [*ibid.*, articolo 327-254]; ma in tal caso non potranno ripigliarsi gli atti ulteriori se non dopo avere istruito l'accusato di tutto quello che si è fatto nell'assenza sua; il difensore dell'accusato ha il dritto di restare all'udienza, e di diriggere, se occorre, delle domande ai testimonii [cassazione 28 gennajo 1830].

262. L'ordine col quale debbono eseguirsi le deposizioni è determinato dal procurator generale [*ibid.*, articolo 317] [**]. È fuor di dubio però che il presidente, il quale ha l'alta direzione del dibattimento, può modificare quest'ordine, in virtù del suo potere discrezionale. Questo magistrato, dopo la prestazione del

(*) La difesa del povero è sagra al pari di quella del ricco nè, la legge deve lasciare all'arbitrio di un magistrato che ha l'incarico della pubblica persecuzione dei reati l'uso dei mezzi di difesa. Mosso da questi principii di rigorosa giustizia ed uguaglianza, il nostro legislatore, col decreto del 23 agosto 1819 prescrisse che i testimonii a discolpa dell'imputato povero debbono chiamarsi a spese dell'erario.—*Il Traduttore.*

(1) È noto che Daniele confuse la calunnia dei due vecchi che accusavano Susanna, col dimandare a ciascuno di essi separatamente il nome dell'albero sotto il quale dicevan essi d'averla sorpresa con un giovine, traendoli in tal guisa a contradirsi l'un l'altro (Prof. di Daniele, capo XIII, verso 51 e seguenti).

(**) L'articolo 243 della nostra procedura penale attribuisce questa facoltà al presidente.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

giuramento, sulla quale noi ritorneremo nel paragrafo seguente, domanda ai testimonii il loro nome, cognome, età, professione, domicilio, o abitazione; domanderà loro se conoscevano l'accusato prima del fatto che forma il soggetto dell'accusa, se siano congiunti o affini dell'accusato o dell'offeso, finalmente se siano dipendenti dell'uno o dell'altro.

Ma queste diverse interpellazioni, sebbene utili e generalmente osservate, non sono dalla giurisprudenza considerate come prescritte a pena di nullità. Altronde la loro omessione non potrebbe essere un positivo gravame, perciocchè l'accusato ed il procurator generale hanno sempre la facoltà di supplire a quanto possa esservi d'incompleto nell'interrogazione del presidente dirigendo delle domande al testimonio. Solamente, il procurator generale può interrogare direttamente il testimonio, il che possono ugualmente fare i giudici ed i giurati; mentre l'accusato ed il suo difensore, al pari della parte civile, non possono interrogare se non per mezzo del presidente [*ibid.*, articolo 319-250]. Quest'ultima prescrizione non si esegue alla lettera. Il presidente si contenta ordinariamente di dire al testimonio, dopo che gli vien fatta l'interrogazione: *Rispondete alla domanda che vi è stata fatta.* Lo scopo che si è proposto il legislatore non è quello di costringere questo magistrato a riprodurre l'interrogazione, come fanno i messaggieri di Omero [1] per gli ordini loro trasmessi: il che sarebbe tedioso non meno che inutile. Tutto quello che si è voluto si è che queste interpellazioni siano sorvegliate dal potere discrezionale del presidente, e l'esperienza ha provato ad esuberanza l'utilità di questa sorveglianza.

Nei paesi in cui l'accusa è diretta dall'interesse privato, e non dall'interesse pubblico, si lascia agli avvocati tutta la latitudine per interrogare i testimonii in quella guisa che più loro talenti. Questa facoltà concessa ad uomini capaci ed animati dalla passione diventa un'arma pericolosa nelle loro mani. Noi veggiamo che in Roma praticavasi in questo modo secondo quello che ci riferisce Quintiliano; e la sua testimonianza è per noi preziosissima, perchè gli abusi che esso ci fa conoscere, non sono abusi agli occhi suoi, ma ritrovati dell'arte oratoria, che egli raccomanda agli avvocati.

« Maximus patronis, dice egli [2], « circa testimonia sudor est... Primum est nosse testem, nam timidus terreri, stultus decipi, iracundus concitari, ambitiosus inflari, « longus protrahi potest; prudens « vero et costans vel tamquam inimicus et pervicax dimittendus statim, vel non interrogatione, sed « brevi interlocutione patroni refutandus est; aut aliqno, si continget, « urbane dicto refrigerandus, aut, « si quid invitam ejus dici poterit, « infamia criminum destruendus. »

Bisogna confessare che una simil maniera d'amministrare la pruova testimoniale è eminentemente adatta ad impedire la scoverta della verità. In Inghilterra, dove si batte la stessa via, essa, a quanto pare, produce i medesimi risultati. « Io, dice « il signor Rey nel suo curioso lavoro sulle istituzioni giudiziarie « dell'Inghilterra [3], debbo fare osservare un'abuso generale dalla « parte degli avvocati inglesi. Spesso

(1) Vedi precisamente il principio del lib. 2 dell'Iliade.

(2) *Instit. orator.* lib. V, capo 7.

(3) Seconda edizione, tomo II, pag. 344.

Digitized by Google

« essi fanno soffrire una vera tor-
« tura morale ai testimonii con in-
« terrogazioni capziose o sconvene-
« voli, con ischerzi inopportuni, con
« insinuazioni maligne e sovente in-
« sultanti. Coloro che assistono alle
« discussioni dei tribunali inglesi so-
« no ad ogni istante indegnati della
« posizione crudele nella quale tro-
« vasi collocato un timido testimonio,
« per la licenza degli avvocati su
« questa materia. »

Havvi maggiore dignità nel nostro modo di procedere. Per quanto concerne l'abuso che potrebbesi temere del potere accordato al presidente, la giurisprudenza vi ha provveduto, indipendentemente dalle guarentigie che ha, sotto questo rapporto, il solo fatto della publicità. L'avvocato deve farsi dare atto del rifiuto a lui fatto di diriggere una domanda importante, e, se la difesa fosse stata realmente attraversata, vi sarebbe adito a cassazione (cassazione 18 settembre 1824).

263. Dopo la deposizione si domanda ad ogni testimonio (*ibid.*, articolo 319), se egli ha inteso parlare dell'accusato presente.

Questo è quello che altravolta chiamavasi il *confronto*, e che potrebbe aver luogo anche innanzi il giudice d'istruzione. Ma oggi che il testimonio dev' essere nella discussione publica messo in relazione coll'accusato, il confronto preparatorio è puramente facultativo. Il presidente domanda in prosieguo all'accusato se egli voglia rispondere a ciò che si è detto contro di lui (lo stesso articolo 319-250). Le nostre leggi non parlano più espressamente dell'*affronto* cioè della correlazione degli accusati tra di loro. Questa specie di mutua testimonianza è però sempre usata, tanto nell' istruzione che nel corso della pubblica discussione.

264. Il testimonio che ha fatto la sua dichiarazione deve (*), a meno che non sia diversamente ordinato, rimanere nella sala di udienza (*ibid.*, articolo 320-255). Può sorgere il bisogno di domandare a lui novelli rischiaramenti. L'accusato o il procurator generale possono domandare, ed il presidente può ordinare quest'esame, tanto in presenza, che nell' assenza dei testimonii che hanno deposto contro di lui, quando ciò sia reputato necessario. Ma gli stessi motivi di decenza che fanno sottomettere al presidente le interpellazioni dell'accusato ai testimonii, vietano ai testimonii di dirigersi reciproche interrogazioni (*ibid.*, articolo 325 e 326).

§ 2. *Sanzioni della comparsa e della veracità dei testimonii.*

265. Pria di tutto è necessario che i testimoni dei fatti da provarsi siano conosciuti, perchè possano venire a deporre innanzi la giustizia.

266. Relativamente al primo punto noi abbiamo già fatto parola dei *monitorii*, avvertimenti dati dai curati ai loro parrocchiani, per impegnarli a far conoscere all'autorità quello che essi sapevano intorno al reato di cui gli autori erano ignoti. Un atto governativo del 10 settembre 1806, ha ritornato in vigore, si dice (1), l'uso dei monitorii. Un'ordinanza resa sopra requisitoria del procuratore generale potrebbe au-

(*) L'articolo 255 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali dice *può* invece di *deve*.—*Il Traduttore*.

(1) Quest'atto non fu inserito nel *Bollettino* delle leggi; se ne trova la sostanza nel *Trattato di legislazione criminale* di Legraverand, cap. VII, sez. 2.

Digitized by Google

torizzare la pubblicazione nelle prediche, ed indurre i distretti in cui queste avrebbero luogo. Però è difficile che una semplice ordinanza, la quale non poggia nè sopra il concordato, nè sopra il testo delle nostre leggi, possa essere obbligatoria pel vescovo diocesano, come sembra supporlo l'atto del 1806. Tuttavia, se, d'accordo col governo, il vescovo autorizzasse le pubblicazioni, non potrebbesi considerare l'andamento da lui seguito come illegale e tale da compromettere in alcuna parte la validità dell'istruzione ulteriore. Ma allora tutto si riduce ad un accordio puramente amichevole tra il potere spirituale e quello temporale. Il monitorio non può più essere obbligatorio per l'autorità ecclesiastica, come lo era nell'antico dritto.

A quanto sembra però l'atto del 1806 non ricevette sotto l'impero che due sole applicazioni, e nel 1814 il cancelliere Dambray ricusò di ordinare provvedimenti di tal natura, considerandoli come capaci di affievolire il rispetto dovuto ai ministri della religione (1). Dopo quest'epoca i monitorii caddero nuovamente in disuso, ed è poco probabile che si pensi ora a ritornarli in vigore. Ad ogni modo l'atto del 1806, che non venne inserito nel *bollettino delle leggi*, e del quale riuscirebbe forse difficile ritrovare il testo originale, non potrebbe attualmente aver forza, e nella mancanza di disposizioni legislative sull'assunto, le comunicazioni che potrebbero stabilirsi tra' due poteri, per provocare delle rivelazioni intorno ai misfatti più gravi, avrebbero un carattere puramente confidenziale.

267 Quando i testimonii sono noti, non si è giammai dubitato che si possano costringere a venire a deporre nelle materie criminali. Il codice d'itruzione criminale non ha fatto altro che riprodurre l'ordinanza del 1670 nel punire i testimonii contumaci con un'ammenda di cui ha stabilito il *maximum* a cento franchi, ed autorizzando, all'ocorrenza, l'uso della forza per farli venire all'udienza. La quistione se il rifiuto di deporre debba equivalere al rifiuto di comparire è quì risoluta dalla legge, la quale decide espressamente l'affermativa (codice d'istruzione criminale, art. 355 e 80), opinione che noi abbiamo nell'ugual modo adottato nelle materie civili [n.217]. Inoltre se la deposizione è per modo interessante da rendere necessario, per l'assenza del testimonio, il differimento della causa ad un'altra seduta, una disposizione della quale non può mettersi in dubio l'equità, mette a carico di lui tutte le spese cagionate dalla sua mancanza [*ibid.* artic. 354 e 355] (*). Finalmente nel criminale, come nel civile, l'allegazione di false scuse è punita colla prigionia di sei giorni a due mesi [**].

268. Noi abbiamo già avuto occa-

(1) Vedi il *Trattato di legislazione criminale* di Legraverand, nello stesso capitolo, e nella stessa sezione.

(*) L'articolo 241 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali lascia alla gran Corte la facoltà di condannare il testimonio renitente a pagare le spese cagionate dalla sua renitenza. — *Il Traduttore.*

(**) L'articolo 82 e 83 delle leggi della procedura nei giudizii penali, e l'articolo 243 delle leggi penali regolano l'obligo pel testimone di venire a deporre ed emettono le disposizioni necessarie pei testimonii renitenti: essi sono così concepiti.

Procedura penale, articolo 82: « Chiunque è citato per far testimonianza o perizia « sarà tenuto a comparire, altrimenti potrà esservi astretto in forza di un mandato d'accompagnamento dell'uffiziale di « polizia giudiziaria, che ha spedito l'or-

Digitized by Google

sione di cennare le circostanze nelle quali havvi obligo di conservare il silenzio per ragion di professione, e di rimarcare le funzioni o dignità che dispensano dalla testimonianza orale. Esiste inoltre la legge del 18 pratile anno II, speciale per le materie criminali o correzionali, la quale ordina di ricevere per iscritto le deposizioni dei militari citati fuori del luogo della loro attuale residenza, onde non porre inciampi al servizio. Nondimeno se il giurì o il tribunale dichiara necessaria la deposizione orale, si sospenderà la decisione diffinitiva della causa, sino a che il ministro della giustizia abbia autorizzato il testimonio militare a comparire personalmente [*].

269. La sanzione morale è evidentemente la stessa tanto nel criminale che nel civile. Per quanto concerne la sanzione religiosa, la legge ha stabilito due specie di giuramento: l'una pel basso, l'altra per l'alto criminale. Innanzi i tribunali di polizia semplice e di polizia correzionale, i testimonii prestano all' udienza il giuramento di *dire tutta la verità e nell'altro che la verità* (codice d'istruzione criminale articolo 155]. Innanzi le corti di assise la formola legale è più complicata; il testimonio si obliga *a parlare senza odio e senza timore, a dire tutta la verità e null'altro che la verità* (*ibid.* art. 317).

Questa bizzarra distinzione parrebbe indicare che l'assenza dell' odio e del timore non sia positivamente richiesta innanzi le giurisdizioni inferiori, come se vi fossero due maniere di dire la verità [**]. Vizioso nella teoria, questo sistema non è meno spiacevole nell' applicazione. Essendo le formule indicate obligatorie a pena di nullità, una giurisprudenza più conforme alla lettera della legge che alla ragione pratica, vuole che la menoma omessione tragga seco la nullità della deposizione del testimonio. Così, perchè il presidente avrà solamente fatto

« dinanza di citazione: salve le pene sta-
« bilite nelle leggi penali, e le disposizioni
« dell'articolo 549 e seguenti. »

Ibid. art. 83. « Oltre il mandato d'accom-
« pagnamento il testimone renitente, sul
« processo verbale della sua notificazione,
« e sul certificato della non comparsa non
« giustificata da legittimo impedimento,
« sarà nelle cause di misfatti condannato
« dal presidente della gran corte crimina-
« le, sulle conclusioni del ministero pu-
« blico, ad un'ammenda di tre a venti du-
« cati, e nelle cause di delitti, dal giudice
« competente, ad una ammenda da uno a
« dieci ducati, salve le pene maggiori sta-
« bilite nelle leggi penali. »

Leggi penali, articolo 243: « I testimo-
« nii o periti che avranno allegato una scu-
« sa riconosciuta falsa, per presentarsi alle
« autorità che gli han richiesti, saran pu-
« niti col primo grado di prigionia, e del-
« l'ammenda correzionale, oltre i danni ca-
« gionati dal loro rifiuto »

Nella pratica però il magistrato si limita quasi sempre a rinnovare la citazione, senza scendere alla multa ed alla prigionia comminata dalla legge. Lo stesso mandato di accompagnamento non è ordinato quasi mai se non dopo che il testimone sia stato renitente per la seconda volta. — *Il Traduttore.*

(*) Per le nostre leggi non esistono altre eccezioni alla deposizione orale all'infuori di quelle menzionate nell'articolo 549 della procedura penale, come ebbi occasione di osservare in una mia nota al numero 218, pag. 164. — *Il Traduttore.*

(**) Per le nostre leggi in ogni genere di giudizii penali havvi unica forma di giuramento, di *dire tutta la verità, null'altro che la verità* (articolo 257 procedura penale). Tutti i testimonii indistintamente sono obbligati a prestar giuramento, eccettuati i minori di anni 14 (*ibid.*) Nondimeno se le dichiarazioni degli ambasciatori e ministri residenti presso i governi esteri fatte sui punti loro inviati mancano di giuramento, questa mancanza non può essere elevata a nullità (*ibid.* articolo 551).— *Il Traduttore.*

Digitized by Google

giurare al testimonio di dire *tutta la verità* senza aggiungere *null'altro che la verità* si suppone che il testimonio siasi per questa omessione fatto lecito d'inserire fatti mendaci nella sua dichiarazione. Ma le riserve casistiche che si escogitano, sono troppo sottili per entrare nel pensiero della maggior parte de testimonii, e le nullità pronunziate in simil caso non hanno quasi mai una ragione positiva (*).

270. La sanzione penale della veracità dei testimonii è sempre stata più rigorosa nel civile che nel penale. Presso gli ebrei, incontrastabilmente, la pena del taglione [1], e probabilmente in Roma, quella di essere precitato dall'alto della rupe Tarpeja, non si applicavano che ai falsi testimonii in materia penale [numero 235]. Nell'ultimo stadio del dritto romano la pena variava secondo le circostanze; la pena di morte era riservata alle deposizioni mendaci fatte in sostegno di un'accusa capitale [2]. La legge salica ed i capitolari punivano colla perdita della mano il falso testimonio che non poteva pagare la multa alla quale esso era condannato: *perdat manum aut redimat*. Gli stabilimenti di san Luigi [articolo 70] non infliggevano che un'ammenda arbitraria. Ma la severità delle leggi romane fu riprodotta, e sinanco sorpassata dalle ordinanze, le quali, a cominciare dal secolo XVI, decretarono la pena di morte contro qualunque falsa testimonianza [num. 223]. Nondimeno cotanta severità venne dalla giurisprudenza raddolcita nel civile non meno che nel criminale; la modificazione medesima che prevalse in Roma, fece circoscrivere l'applicazione della pena di morte al caso in cui la testimonianza fosse stata resa contro l'accusato, e nel quale l'accusa fosse stata di tal natura da portare ad una simil pena.

Le leggi moderne, non lasciando più al giudice la stessa latitudine per la scelta delle pene, hanno dovuto stabilire diversi gradi di repressione secondo la gravità della falsa testimonianza. Quest'assunto fu in un modo molto imperfetto compiuto dalla legislazione del 1791, secondo la quale il falso testimonio in materia criminale era punito di vent'anni di ferri nei casi ordinarii; di morte, se l'accusato fosse stato condannato a quest'ultima pena [3]. Il codice del 1791 serbava

(*) La nostra giurisprudenza non è meno rigorosa di quella di Francia in fatto di formula di giuramento. Così è stato deciso che leggendosi in un verbale questa formula di giuramento: « *Abbiamo fatto prestare ai testimonii medesimi di dire tutta la verità e null'altro che la verità* » non si ha la pruova che il giuramento, siasi prestato, perchè manca nella formula la parola *giuramento*, e perchè l'adempimento di tale formalità non devesi desumere per via di congetture, ma dallo stesso contesto dell'atto in cui si adopera.—Corte suprema di giustizia di Napoli, arresto del 27 gennaro 1851, nella causa di Pietro Ferrajuolo (vedi Gazzetta dei tribunali, num. 546, pag. 195, q. 2); e la stessa corte, arresto del 10 febbraro 1851, nella causa Mancini (vedi Gazzetta dei tribunali num. 555, pag. 278).

Parimenti la mancanza della seconda parte della formula *null'altro che la verità* rende nulla la dichiarazione del testimonio.—La stessa corte, arresto del cinque aprile 1850 (vedi gazzetta dei tribunali, num. 452, pag. 285, quist. 3). — *Il Traduttore*.

(1) Deuteronomio, cap. XIX, vers. 21.

(2) Legge 1, § 1, dig. *ad legem Corneliam de sicariis*.

(3) Codice del 1791, parte II, titolo II, sezione II, articolo 48. La legislazione rivoluzionaria spingevasi più oltre ancora. Siccome la procedura speditiva dell'epoca rendeva sommamente pericolosa la falsa testimonianza, la legge del 5 piovoso an-

Digitized by Google

il silenzio sulla falsa testimonianza in materia correzionale o di polizia; quindi applicavasi a questa falsa testimonianza [cassazione 7 gennajo 1808] la pena di sei anni di prigionia pronunziata in materia civile [1].

Il codice penale del 1810 previde per la prima volta tassativamente la falsa testimonianza in materia di polizia semplice o correzionale, e la punì colla reclusione, al pari di quella commessa in materia civile (2).

Questa disposizione era troppo severa per le semplici contravvenzioni. Oggi l' articolo 362 del codice penale, riformato nel 1832, si limita, nelle materie di semplice polizia, a pronunziare la pena della degradazione civica e la prigionia di un anno almeno e di cinque anni al più. Ma la falsa testimonianza nelle materie criminali è punita coi lavori forzati a tempo [*]. Se però l'accusato è stato condannato ad una pena più grave, il testimonio che ha deposto contro di lui subisce la medesima pena [*ibid.*, articolo 361-169]. Due condizioni richieggonsi quindi perchè abbia luogo l' aumento della pena: 1° che siavi stata realmente condanna. Qui il tentativo di omicidio morale non è punito come l'omicidio medesimo; applicasi la pena ordinaria, se l'accusato sia stato liberato (3); 2° che la falsa testimonianza abbia avuto luogo contro l' imputato. Non havvi aumento di pena per la dichiarazione mendace che avesse avuto per iscopo di evitare e non di attirare una condanna a pena maggiore.

Questa distinzione dovrebbe essere generalizzata. Debbesi forse confondere colui il quale, mosso dall'affezione o da un mal inteso sentimento di umanità, voglia far sottrarre il colpevole alla pena, con quello che per ottenere la rovina dell' inimico adopera l' arma della viltà e della perfidia, la calunnia? Se la necessità della soppressione sociale non permette che il primo resti impunito, la coscienza pubblica non può metterlo nella medesima linea di costui, sì profondamente spregevole. La distinzione che il nostro codice ha generalmente respinto [*ibid.*, articoli 361-188 e 362-189], è stata consagrata dall'articolo 370 del codice sardo, dall'articolo 1412 del codice prussiano, e dall'articolo 169 del codice del Brasile.

271. La condotta del falso testimonio rendesi ancor più vile quando la sua mendace deposizione è stata comprata. Nei tempi andati le ordinanze e gli arresti erano molto severi relativamente alla subornazione dei testimonii. Citasi un arresto del parlamento di Parigi del 7 febrajo

no lì la puniva di morte, in materia capitale, sebbene si fosse pronunziata la liberazione; e profferiva la medesima pena contro i testimonii a discolpa se trattavasi di reati *contro-rivoluzionarii*.

(1) Codice del 1791, parte II, titolo II, sezione II, articolo 48.

(2) Articoli 362 e 363.

(*) L'articolo 188 delle nostre leggi penali punisce la falsa testimonianza in materia criminale o contro dell'imputato o in favore del medesimo col primo grado dei ferri. La falsa testimonianza in materia correzionale o di polizia è punita col secondo al terzo grado di prigionia. — *Il Traduttore.*

(3) In caso di assoluzione, cioè se si fosse deciso che il fatto falsamente imputato non era preveduto dalla legge penale, non vi sarebbe luogo ad accusa di falsa testimonianza, perchè questa sarebbe stata del pari inoffensiva. In tal guisa colui che avesse, suo malgrado, adoperato sostanze non velenose cercando di produrre un avvelenamento, non è colpito da alcuna pena (codice penale, articolo 301-350).

Digitized by Google

1755 che condannò il subornatore ed il subornato ad essere rotti vivi [1]: trattavasi però di un'accusa di assassinio.

Secondo l'attuale legislazione bisogna distinguere, relativamente al testimonio che ha ricevuto denaro, una ricompensa qualunque, o delle promesse, se trattisi di materie di polizia o di materie criminali. Nella prima ipotesi, questa circostanza fa salire la pena di un grado, tanto in materia di semplice polizia, ove la legge pronunzia, in tal caso, la reclusione [*], che in materia di polizia correzionale, dove essa pronunzia la pena dei lavori farzati a tempo [*ibid.*, articolo 364]. In materia criminale, all'incontro, la pena ordinaria si è riputata sufficientemente grave; quindi non si è creduto necessario aggravarla.

Il codice del 1810 spiegava contro il reato di subornazione di testimonii un rigore esagerato che oltrepassava la misura della repressione, già per se molto grave, stabilita per la filiazione testimoniale. Sotto l'impero di questo codice, la pena contro il subornatore era sempre aumentata di un grado: quindi il subornatore era punito colla morte, sebbene l'accusa non portasse che i lavori forzati a perpetuità (**). Nel 1832 si fece osservare non essere esatto dichiarare in tesi generale che il subonatore è più colpevole del falso testimone; che un padre, per esempio, poteva corrompere dei testimonii onde salvare la vita del figlio. In conseguenza di ciò venne adottata una teorica più esatta e più moderata nel tempo stesso, trattando il subornatore soltanto come complice del falso testimonio, e rendendolo di conseguenza punibile colle stesse pene (nuovo articolo 365), giusta quanto decidevasi, nel silenzio della legge, sotto l'impero della legislazione intermedia.

Ad ogni modo non può esservi complicità se non quando il reato principale è stato commesso, o per lo meno tentato [codice penale articolo 60-74]. È d'uopo adunque che siavi per lo meno un principio di deposizione perchè possa esservi luogo a punire il subornatore; questo veniva deciso dalla corte di cassazione anche sotto l'impero del codice del 1810 (cassazione 18 febbrajo 1813). Osserviamo finalmente che la subornazione impropriamente detta, la quale consisterebbe unicamente nel comprare il silenzio del testimone, non ossendo preveduta dal codice penale, darebbe solamente luogo a riparazioni civili.

272. Il testimonio, al pari del perito, del giurato, riceve in certo modo col giuramento l'investitura della funzione che gli è conferita dalla società. Quindi nell'ultimo stadio del

(1) Un secondo testimonio ugualment subornato, ma che avea rivelato la subornazione, ottenne, per grazia speciale, di essere solamente impiccato.

(*) L'articolo 187 delle nostre leggi penali pronunzia la pena del secondo al terzo grado di prigionia per la falsa testimonianza in materia correzionale o di polizia. Il colpevole di falsa testimonianza in materia civile è punito col primo al secondo grado di prigionia (articolo 170). Il falso testimone in materia correzionale di polizia o civile, che avrà ricevuto danaro, una ricompensa qualunque o una promessa sarà punito col terzo grado di prigionia.—*Il Traduttore.*

(**) L'articolo 192 delle nostre leggi penali punisce il colpevole di subornazione di testimonii col *maximum* della pena del falso testimone. L'aumento di un grado, risalendo inclusivamente sino alla morte, non ha luogo se non quando il falso testimone sia stato con effetto punito col *maximum* della pena.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

dritto romano il falso testimone era considerato come spergiuro [1], ed ai giorni nostri in Inghilterra la falsa testimonianza è punita dalla legge comune a titolo di spergiuro (2).

Presso di noi non può mettersi in dubio che il falso giuramento non è punito come tale dalla legge penale [codice penale articolo 366] se non quando esso è prestato dalla parte medesima in materia civile; ma secondo una teoria costante, la falsa testimonianza non è punibile se non quando la deposizione ha avuto luogo sotto la santità del giuramento (3). Eppure, nel nostro sistema di legislazione che non ammette le pruove legali, una semplice dichiarazione può benissimo arrecare una condanna, anche capitale. Nell'antico dritto taluni scrittori opinavano che in tal caso conveniva applicare una pena più lieve. Nell'interesse della giustizia sarebbe a desiderarsi che la legislazione fosse in questo senso modificata [*].

273. La pruova della falsa testimonianza può reagire, tanto sull'istruzione, che sulla condanna stessa. Se, dopo la discussione, la deposizione di un testimonio sembra falsa, esso è sull'istante messo in istato di arresto, e può domandarsi ovvero ordinarsi d'officio il rinvio della causa ad un'altra sessione [codice d'istruz. crim. articolo 330]. Dobbiamo rammentarci che uno dei principali argomenti invocati in sostegno della procedura scritta, si è la facilità che essa fornisce per conservare la traccia delle deposizioni impugnate di falso. Gli autori del codice d'istruzione criminale [*ibid.*, articolo 318], d'accordo in questo colla legislazione intermedia, hanno avuto riguardo a questa osservazione. Il presidente, o spontaneamente, o sopra requisitoria del procuratore della republica o dell'accusato, fa notare dal cancelliere le aggiunte, modificazioni o variazioni, che possono esistere tra la deposizione di un testimonio e le sue precedenti dichiarazioni.

Finalmente, anche dopo la condanna, quando sianvi spediti dei mandati di arresto contro i testimonii a carico, si sospende l'esecuzione. Se questi testimonii sono condannati, la corte di cassazione, visti i due arresti, dopo essersi bene assicurata dell'identità dei fatti che han dato luogo alla prima condanna e che sono stati in prosieguo riconosciuti falsi, annulla il primo arresto, e rinvia innanzi una nuova corte di assise per procedersi contro l'accusato, fermo restando l'atto di accusa [*ibid.*, 445]. Ma la revisione non è ammessa nelle materie di basso criminale. Di conseguenza, la sentenza resa da un tribunale di semplice polizia o correzionale sussisterebbe, malgrado la condanna delle persone sulla deposizione delle quali la sentenza medesima fosse stata resa; il condannato non avrebbe altro scampo che quello di ricor-

(1) Zenone, legge 13, codice *de testibus*.

(2) Blackstone, libro IV, capo X, numero 16. Nella legislazione inglese la pena dello spergiuro ha variato dalla morte, sino alla prigionia ed all'ammenda (Blackstone, *loco citato*).

(3) Se il giuramento fosse stato prestato, sebbene non avesse dovuto esserlo, da un incapace che dissimulò la sua qualità per ingannare la giustizia, la pena della falsa testimonianza sarebbe inapplicabile (rigetto del 29 giugno 1843).

(*) La modificazione desiderata dal Bonnier è stata sanzionata dall'articolo 195 delle nostre leggi penali. L'articolo è così concepito: « Le pene stabilite negli articoli precedenti saranno diminuite di un grado, se nella falsa testimonianza non si sia prestato giuramento.» — *Il Traduttore*.

Digitized by Google

rere ad una grazia, sebbene qui la grazia potrebbe non essere che giustizia.

274. I testimonii hanno dritto ad un' indennità nel criminale, come lo hanno nel civile [tariffa criminale tit. 1, cap. 3]. Si è però talvolta domandato qual cosa bisognerebbe praticarsi, se il testimonio non potesse rivelare la verità senza arrecare a se medesimo un notevole pregiudizio, ben superiore all' indennità della tariffa. Per esempio, gli schiarimenti che esso è obbligato di dare sui fatti controversi, sono tali da svelare un ritrovato che egli ha un' immenso interesse a far rimanere ignoto [1]. Taluni hanno opinato che in tal caso egli dovrebbe essere dispensato dal deporre. Ma questo é un far predominare l' interesse particolare sull'interesse generale. Sarebbe solamente conforme all' equità accordarglisi una giusta indennità, poichè in tal caso vi sarebbe una specie di espropriazione per causa di utilità publica. Tuttavia questo peso che il tesoro publico dovrebbe sopportare quando la rivelazione fosse in sostegno dell'accusa, non potrebbe, nell'ipotesi inversa, essere imposto all'accusato che avesse dritto alla libertà, e che di conseguenza non potrebbe essere per legge tenuto a pagare in certa guisa il suo riscatto. Bisognerebbe in tal caso lasciar tutto alla gratitudine di lui verso la persona che avesse dovuto sagrificare l' interesse proprio a quello della giustizia.

§ 3. *Esclusione di taluni testimonii.*

275. Rare in materia civile, le esclusioni della facoltà di fare testimonianza erano in Roma molto estese in materia criminale [1]. Così doveva essere in un paese in cui lasciavasi ai particolari il dritto d'intentare le accuse. Le testimonianze divenivano armi nelle mani delle parti, poichè le deposizioni erano regolate dalle passioni, invece di essere analizzate con sangue freddo, e quindi rendevasi per lo meno interessante impedire che queste armi non fossero soverchiamente omicide. All' incontro, in un paese come il nostro, dove predomina il sistema *inquisitorio*, nel senso favorevole della parola, ove il procedimento è diretto dalla publica autorità, e non dalle passioni private, si può senza pericolo usare sobrietà nelle esclusioni. I testimonii non ricevono più anticipatamente le istruzioni dell'accusatore o dell' accusato. Chi oserebbe oggi dare in proposito il consiglio che Quintiliano dava agli avvocati del tempo suo [2]: *multum domi ante versandi, variis percontationibus explorandi*? Le restrizioni che potevano essere utili, quando i testimonii non erano che istrumenti nelle mani delle parti, non sarebbero altro oggi che ostacoli pericolosi in un sistema in cui le deposizioni sono libere e spontanee.

(1) Per quanto concerne il pregiudizio assai più grave che recherebbe al testimonio la necessità d'accusare se medesimo per non tradire la verità, vedi in appresso al n. 387.

(1) Vedi nel Digesto il titolo *de testibus*. In Inghilterra, i casi in cui havvi esclusione di testimonianze, *incompetency of witnesses*, sono del pari molto estesi (Philips, *on the law of evidence*, parte 1, capo 2 e seguenti). Ma l'attuale legislazione tende a rendere queste esclusioni meno frequenti. Così un atto del parlamento del 27 gennajo 1828 ha fatto cessare l' incapacità di testimoniare per causa d'infamia, relativamente ai condannati per semplici delitti (*misdemeanors*).

(2) Instituzioni oratorie, lib. V, capitolo VII.

Digitized by Google

In conseguenza di ciò l'antica nostra giurisprudenza, la quale ammetteva il sistema inquisitorio, era più generosa per l'ammessione dei testimonii in materia criminale che in materia civile. «Il pericolo di lasciare « impuniti i reati che turbano l'or« dine della società, dice Merlin[1] « è sembrato alle corti superiori più « grande e più da temersi di quello «d'esporre taluni testimonii allo sper« giuro. » Così, mentre l'ordinanza del 1667 vietava, come abbiamo veduto, di sentire i consanguinei o affini sino all'ottavo grado inclusivamente, quella del 1670 era completamente muta sulle relazioni di parentela o d'affinità. Potevansi, senza dubio, ricusare i testimonii nelle informazioni come negli esami civili, ma si è generalmente osservata l'antica massima che ci vien riferita da Loysel [2]: *In materia criminale le ripulse sono lasciate all'arbitrio dei giudici*. Era solamente nel caso di consanguinità o d'affinità vicinissima che permettevasi al testimonio di non deporre [3]. In linea collaterale, i fratelli e le sorelle erano i soli eccettuati. Inoltre le stesse persone più intime potevano essere intese, quando la forza delle cose costringeva il giudice a farlo, cioè quando tali persone erano testimonii necessarii. Così un'arresto del parlamento di Bordeaux del 26 febrajo 1628 confermò una sentenza la quale ordinava che un individuo accusato d'aver gettato sua moglie in un pozzo mentre attingeva dell'acqua, fosse posto alla tortura, sebbene egli non avesse avuto a suo carico che due proprii figli. Scorgesi bene da questo che le incapacità assolute erano rare nell'antica giurisprudenza. Nondimeno quando eravi contro i testimonii qualche causa di sospicione, essi non erano più quei testimonii classici, *omni exceptione majoris*, di cui la concordanza, quando essi erano per lo meno nel numero di due, traeva seco il convincimento del giudice. Le persone sospette non potevano altro apprestare che semplici indicazioni e non una testimonianza propriamante detta, distinzione molto più rilevante allora di quello che non lo è attualmente.

276. Il codice d'istruzione criminale, fedele alle orme di questa giurisprudenza, non pronuncia anch'esso alcuna esclusione assoluta della facoltà di deporre. Esso permette solamente [articolo 322-202] all'accusato, al procurator generale ed alla parte civile di apporsi all'esame:

1° Del padre, della madre, dell'avo, dell'ava, o di qualunque altro ascendente dell'accusato o di uno dei coaccusati presenti e sottoposti alla medesima discussione;

2° Dei figli, figlie, nipoti, o di qualunque altro discenti;

3° Dei fratelli e sorelle;

4° Degli affini nei medesimi gradi;

5° Del marito o della moglie.

6° Dei denunzianti la cui denunzia è pecuniariamente ricompensata dalla legge [*].

I denunzianti che non sono in tal guisa ricompensati sono ammessi a deporre, ma il giurì è avvertito [4] ha però esteso il divieto ai difensori delle parti sui fatti la cui scienza dipende dalla fiducia che le parti stesse hanno riposto nel loro patrocinio. — *Il Traduttore.*

(1) Repert., v. *testimonio giudiziario*, § 1, artic. 7.

(2) Instituzioni consuetudinarie, titolo delle *pruove*, § 17.

(3) Merlin *loco citato*.

(*) L'articolo 202 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali ha tolto l'esclusione del numero 4° dell'articolo francese;

(4) Questo avvertimento tuttavia non è prescritto a pena di nullità (rigetto del 16 aprile e 24 novembre 1840).

Digitized by Google

della loro qualità di denunzianti [*ibid.* articolo 323-294]. Del resto riesce molto difficile trovare oggi degli esempii di denunzianti ricompensati pecuniariamente [1]. Si può citare la legge del 4 germile anno II, la quale rilascia la multa e la confisca a colui che denunzia la prevaricazione di un preposto di dogane. Inoltre, siccome in questa legge non si tratta che di un delitto, l'applicazione di questa disposizione non potrà farsi da una corte di assise che in taluni casi eccezionali, per esempio, quando il presidente promuove una quistione sussidiaria.

277. I motivi di ripulsa formulati dalla legge non possono estendersi, d'onde la conseguenza evidente che i consanguinei ed affini della parte civile possono deporre. Se i testimonii vengono interrogati sulle loro relazioni colla parte civile [*ibid.* articolo 318-248], ciò non si fa per mettere un ostacolo all'esame dei consanguinei, affini o servitori, ma unicamente per avvertire il giurì della loro qualità.

Ma può la parte civile essere ammessa a deporre a titolo di testimonio, cioè con prestazione di giuramento, perciocchè oggi non può più mettersi in dubio [num. 278] che qualunque persona (codice d'istruzione criminale articolo 269) può essere intesa, in forza del potere discrezionale, a titolo di semplice dichiarazione?

La negativa, generalmente ammessa nell'antico dritto, quando la parte civile rappresentava ancora sino ad un certo punto la parte di accusatore (2), fu da principio adottata dalla corte di cassazione. Secondo un arresto di rigetto del 10 febrajo 1835, sarebbe contrario alle più ovvie regole del dritto, ai principii della morale e della sana ragione, che una parte, sotto la fede del giuramento, venisse a deporre nella propria causa. Ma questa esclusione assoluta sarebbe in opposizione col principio fondamentale del dritto moderno, secondo il quale la parte civile, mossa da un interesse puramente pecuniario, non rappresenta che una parte secondaria nelle cause criminali; è questa la ragione per la quale l'articolo 322, non parla d'altri che dei consanguinei ed affini *dell'accusato*. Quindi la corte ha diffinitivamente assimilato la parte civile al denunziante la cui denunzia è ricompensata, ed autorizza di conseguenza l'esame di essa a titolo di testimonio quando non siavi opposizione dalla parte dell'accusato o del pubblico ministero [rigetto del 28 novembre 1844 e del 12 novembre 1846].

278. Il numero di queste esclusioni facultative è ben poco considerevole, se lo si pone in confronto con quello delle ripulse che noi abbiamo enumerato nelle materie civili. Ma la giurisprudenza va più oltre ancora; essa, in virtù del potere discrezionale, autorizza l'esame di qualunque persona, anche dei congiunti più prossimi [3].

Questa decisione si fonda sull'articolo 269 del codice d'istruzione, il quale permette al presidente di far sentire *qualunque persona* la di cui dichiarazione sembrerà potere spargere una luce utile sui fatti controversi, aggiungendo che i testimo-

(1) Era scritto sugli *assegnati* che la nazione ricompensava il denunziante. Non havvi oggi alcuna simile disposizione pei biglietti di banca o per la falsa moneta.

(2) Nel sistema delle accuse private Pomponio diceva con ragione (legge 10, dig. *de testibus*): *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur*.

(3) Vedi principalmente cassazione 29 maggio e 26 dicembre 1840; 21 settembre 1843; 28 maggio 1845, e 22 giugno 1846.

Digitized by Google

nii in tal guisa chiamati non presteranno giuramento, e che le loro dichiarazioni non saranno considerate se non come indicazioni. La prima parte di questo articolo non fa alcuna distinzione, ed in virtù del potere discrezionale, autorizza la ricerca della verità con tutti i mezzi possibili. La seconda parte, escludendo la prestazione del giuramento, traccia una linea di demarcazione sensibile tra le deposizioni in tal guisa fatte, e le testimonianze propriamente dette, che sono respinte dall'articolo 322. Si rimprovera a questa giurisprudenza d'introdurre tra le testimonianze propriamente dette e le semplici indicazioni una distinzione sottile, divenuta senza scopo, oggi che è lecito condannare sopra ogni specie di documenti; ma non è vero che le persone in tal guisa chiamate dal presidente siano nella posizione medesima dei testimonii ordinarii. E dapprima, nè lo spirito, nè la lettera della legge le obligano a deporre. Le disposizioni contro i testimonii renitenti non potrebbero colpire il figlio che ricusasse di deporre contro il padre suo, la moglie che si negasse a deporre contro il marito. Inoltre, quello che concilia sino ad un certo punto la giurisprudenza colla morale si è che le semplici indicazioni, non essendo garentite dalla santità del giuramento, non costituiscono una testimonianza propriamente detta, e quindi le false indicazioni in simile circostanze non potrebbero trar seco le pene fulminate contro la falsa testimonianza (num. 272). Con queste saggie restrizioni, sembraci che l'interpretazione data nella pratica all'articolo 269 non ha cosa che non sia conforme al nostro sistema d'istruzione, il quale consiste nell'indagare ad ogni costo la verità. Non si deve richiedere la dichiarazione dei più prossimi congiunti, ma può essere necessario diriggersi ad essi per conoscere i fatti. Il sistema contrario condurrebbe all'impunità d'ogni reato commesso dal padre sulla persona di uno dei suoi figli in presenza solamente della madre, d'un fratello o d'una sorella.

Ma la repressione dei delitti non interessa la società nello stesso grado di quella dei misfatti. In conseguenza di ciò non si è concesso il potere discrezionale, nè al giudice di semplice polizia, nè al presidente del tribunale di polizia correzionale (cassazione, 4 novembre 1848). Quindi i congiunti dell'imputato (*ibid.*, articolo 156), che potrebbero fare semplici indicazioni innanzi le corti di assise, sono completamente esclusi innanzi le altre giurisdizioni, quando una delle parti si opponga all'esame loro. A ragion più forte avviene lo stesso nella parte civile, la quale rappresenta una parte molto più interessante in materia di polizia che in materia criminale.

279. Non potrà giammai sentirsi se non a titolo d'indicazioni la testimonianza di una persona che abbia incorso la morte civile o la degradazione civica, o che sia stata da una sentenza di polizia correzionale privato specialmente del dritto di deporre innanzi la giustizia. Ma il legislatore non ha riprodotto qui la regola la quale prescrive che, innanzi il giudice d'istruzione, i fanciulli minori di anni 15 non siano intesi se non per dare indicazioni e senza prestar giuramento (*ibid.*, articolo 79). Nondimeno la corte di cassazione, a camere riunite, sulle conclusioni uniformi di Merlin, a 3 dicembre 1812, decise che l'articolo 79 è applicabile alla pubblica discussione non meno che all'istruzione preliminare, e che ai termini

Digitized by Google

di quest'articolo la prestazione del giuramento non doveva aver luogo. Questa teorica, consagrata più di recente con un arresto di cassazione del 9 giugno 1831, sembra oggi abbandonata dalla corte, la quale lascia al presidente la facoltà di esigere il giuramento o di dispensarlo secondo le circostanze. Noi desideriamo la sua prima giurisprudenza, meno arbitraria nel tempo stesso e più conforme allo spirito del legislatore, il quale non ha voluto sottoporre al giuramento le deposizioni, anche semplicemente preparatorie, degl' impuberi. Si vorrebbe forse lanciare contro di essi un'accusa di falsa testimonianza? Riesce difficile ammettere questa conseguenza, massime quando dipendesse dal presidente di metterli sotto il colpo di questa penalità. Il partito più semplice dunque è quello di non richiedere giammai il giuramento (1) [*].

§ 4. *Valutazione delle testimonianze.*

280. Le due regole tanto arbitrarie dell'esclusione di un solo testimonio, e della forza invincibile annessa a due testimonianze conformi e non sospette, erano ammesse nel criminale come lo erano nel civile.

281. La prima di queste regole ha prodotto talvolta dei risultati ben singolari. Così Bentham ci riferisce [2], dietro le cronache del tempo, che taluni grandi personaggi misero a profitto uno statuto di Guglielmo III, il quale in materia di alto tradimento esigeva la deposizione di due testimonii: essi mantennero una corrispondenza col re espulso, ma non correvano alcun pericolo, perchè essi avevan cura di non servirsi che *di un solo emissario*. Presso di noi il principio dell'esclusione di un solo testimonio era stato finalmente ristretto ai misfatti portanti pena capitale.

Questo principio, consagrato ancor oggi da talune legislazioni (3), ha in suo favore l'autorità di Montesquieu [4]: « Le leggi, che fanno « perire un uomo sulla deposizione « di un solo testimonio sono fatali « alla libertà. La ragione ne richiede « due, perchè un testimonio che af- « ferma, e un' accusato che nega « formano una parità, e quindi è ne- « cessario un terzo per dirimerla. »

Ma è facile rispondere a questo ragionamento. Se il testimonio che afferma è un uomo degno di tutta la fiducia, e bisogna ben supporlo perchè si possa ritenere la testimonianza di lui, può mai mettersi in bilancia colla deposizione sua la denegazione interessata dall'accusato [**]? Montesquieu avrebbe ragione, se si

(1) Vedi precisamente, cassazione, 25 aprile 1834, 8 marzo 1838 e 30 luglio 1847.

(*) La nostra procedura penale, articolo 248, prescrive che non debba richiedersi giuramento dai testimonii minori di anni quattordici.—*Il Traduttore.*

(2) Pruove giudiziarie lib. VII, capo 14.

(3) Vedi principalmente il codice penale austriaco, parte I, articolo 404.

(4) Spirito delle leggi, lib. XII, capo 3, vedi nello stesso senso d'Aguesseau, lettera 108.

(**) Il nostro Filangieri, nei suoi canoni di giudicatura che regolar dovevano la pruova testimoniale, escludeva anch' egli la testimonianza di un solo. Egli però non determinavasi a questo per la ragione che movea il Montesquieu, che anzi la combatteva colla risposta medesima data oggi dal Bonnier; la ragione addotta dal Filangieri si era che è molto difficile che due testimonii, separatamente esaminati, possano entrambi convenire nella relazione delle circostanze che hanno accompagnato il supposto delitto, e che la sola verità può rendere uniformi le loro testimonianze. V. *Scienza della legislazione*, lib. III, cap. XV.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

trattasse di conflitto di due testimonii, l'uno a carico, l'altro a discolpa; ma non può ritenersi che la dichiarazione dell'accusato abbia la forza di quella di un testimonio a carico. Questo grande ingegno, nell'appigliarsi a questo principio restrittivo, provava certamente il bisogno di conservare talune guarentigie contro il rigore tanto spinto della giurisprudenza del tempo suo, i di cui deplorabili errori sono pur troppo celebri. Egli avrebbe probabalmente ragionato in altra guisa in presenza del giurì.

Del resto noi abbiamo fatto rimarcare che la massima *testis unus, testis nullus* non era nella pratica tanto favorevole all' accusato quanto potrebbesi a primo aspetto immaginare. Se la deposizione del testimonio unico era afforzata da qualche amminicolo, essa poteva dar luogo alla tortura, ed ottenevasi in tal guisa, con un mezzo non meno atroce che artificiale, il supplimento di pruova necessaria per portare una condanna [1].

In presenza dell'articolo 342-292 del codice d'istruzione non può più mettersi in dubio che il nostro dritto criminale non abbia respinto tutte queste regole arbitrarie, per appigliarsi all'intimo convincimento. Solamente, eransi mossi taluni dubii in materia di caccia, per ragione dell'articolo 11 della legge del 30 aprile 1790, il quale permetteva di supplire al processo verbale delle guardie campestri colla deposizione *di due testimonii*. Ma la corte di cassazione aveva con ragione, e principalmente con arresto di annullamento del 7 febrajo 1835, deciso che non altro bisognava vedere in quest'articolo che un vestigio delle antiche idee, il quale non potè sopravvivere alla promulgazione posteriore delle leggi che hanno riorganizzato la procedura criminale. Oggi non può più elevarsi alcuna difficoltà, perciocchè la legge novella sulla caccia autorizza in un modo generale la pruova testimoniale [legge del 3 maggio 1844, articolo 21].

282. Quanto alla seconda regola, ben più straordinaria ancora della prima, non debbesi credere, come si è talvolta sostenuto, che essa fosse caduta in desuetudine nell' ultimo stato dell' antica nostra giurisprudenza. Alla vigilia stessa della rivoluzione francese, questa deplorabile teorica ricevette la più clamorosa sanzione. Nel 1786, una memoria di Dupaty, (l'autore delle lettere sull' Italia), conosciuta sotto il nome di *memoria per tre uomini condannati alla ruota*, erasi scagliata con forza, all'occasione di un procedimento scandaloso, contro gli abusi del sistema seguito allora nel criminale, e principalmente contro la massima che il rapporto uniforme di due testimonii deve portare condanna. Questa memoria, che ebbe un gran successo nel pubblico, eccitò l'indegnazione della magistratura. L'avvocato generale Séguier ne domandò la soppressione innanzi il parlamento di Parigi. Leggesi nella sua requisitoria (2): « La deposizione di due testimonii non è una presun-

(1) In Roma facevasi ancora meglio; quando il testimonio non sembrava offrire sufficienti guarentigie, era messo egli stesso alla tortura. « Si ea rei conditio sit, dice « Arcadio, legge 21, § 2, dig. *de testibus*, « ubi arenarium testem vel similem per« sonam admittere cogimur, sine tormen« tis testimonio ejus credendum non est.»

(2) Vedi la requisitoria, non che la memoria di Dupaty nel *Foro francese*, collezione di Clair e di Clapier, prima serie, tomo III.

Digitized by Google

zione, è una pruova; e se io la respingo, tutti i cittadini affidati alla mia custodia saranno esposti ad essere impunemente scannati. È adunque il caso di dire *colla legge delle Dodici Tavole: Salus reipublicae suprema lex esto* (1). La deposizione di due testimoni uniformi, che non siano stati validamente ricusati, deve passare per una pruova completa, secondo tutte le leggi divine ed umane. Egli è vero che è nella natura delle cose che due testimonii irrecusabili siansi ingannati ed abbiano ingannato i giudici; il magistrato più integro può essere ingannato; ma esso non perde nulla della sua dignità quando si uniforma alla volontà della legge, regola unica dei suoi giudizii. »

Queste strane teoriche furono consagrate dal parlamento come veri articoli di fede, e la momoria di Dupaty ebbe la stessa sorte di varii scritti irreligiosi dell'ultimo secolo. Un arresto delli 11 agosto 1786 ordinò che esso fosse lacerato e bruciato nel cortile del palazzo di giustizia, in piè della grande scala, per le mani del carnefice, come « ingiurioso ai magistrati, tendente a denaturare i principii più sacri, distruttore d'ogni fiducia nella legislazione e nei magistrati, ec. »

Scorgesi bene che l'assemblea costituente si appigliava ad abusi ancora in pieno vigore, quando proclamava il principio dell'intimo convincimento, nella sua istruzione del 1791 sulla procedura criminale, istruzione riprodotta quasi letteralmente in questo punto dall'articolo 342 del codice che regola attualmente la materia.

283. Non essendo più la valutazione delle testimonianze sottoposta a regole tecniche, ma essendo, per l'opposto, interamente morale, è rilevante che le deposizioni si presentino nella forma la più veritiera, che siano, cioè, fatte oralmente (codice d'istruzione criminale articolo 317-248). Quindi non si può leggere al testimonio prima della sua deposizione orale, la sua dichiarazione scritta nel corso dell'istruzione (cassazione, 7 agosto 1836) [*]. All'incontro, si è sempre ritenuto che, dopo la deposizione orale, si può dar lettura al testimonio della sua dichiarazione scritta, onde rilevare le variazioni del testimonio (codice di brumale anno IV, articolo 368; codice d'istruzione criminale articolo 317-251).

Qvesta eccezione non è più oggi la sola. Indipendentemente dalle persone che le loro funzioni e la loro dignità dispensano dalla testimonianza orale, la giurisprudenza ammette a titolo d'indicazioni, in forza del potere discrezionale, la lettura della deposizione di un testimonio non presente alla discussione [**].

(1) L'erudizione dell'avvocato generale è qui al livello della sua dottrina. Non v'ha cosa che provi che quest'adagio feudale sia stato formulato nella legge delle *Dodici Tavole*.

(*) Questo è presso di noi testualmente prescritto dall'articolo 251 delle leggi della procedura nei giudizii penali.—*Il Traduttore.*

(**) L'art. 251 della nostra procedura penale vieta, a pena di nullità, di leggere in pubblica discussione qualunque attestazione o dichiarazione scritta di persona che poteva essere citata come testimone: la nullità cessa se il ministero pubblico o l'accusato non siansi opposti a questa lettura. Questa regola non soffre eccezione se non nel caso in cui il testimone non abbia potuto presentarsi, perchè assente, infermo, impedito da causa pubblica o da altra grave cagione, o dimorante fuori del regno. In tal caso però è sempre necessario che il testimonio sia stato citato. I periti e testimonii generici, e tutti i periti e testimonii di reperto o di sperimenti di fatto, se prima della pubblica discussione ab-

Digitized by Google

Questa lettura era interdetta sotto l'impero del codice di brumale anno IV, il quale, all'infuori dei casi nei quali è necessario far rilevare le variazioni dei testimonii, vietava d'una maniera assoluta (articolo 365) di leggere ai giurati alcuna dichiarazione scritta di testimonii non presenti all'udienza. Non avendo il codice d'istruzione criminale riprodotto questa proibizione assoluta, si può ritenere che possa, per identità di motivi, applicarsi alla discussione col reo presente quello che l'articolo 477 stabilisce pei giudizii contumaciali: « Se per una causa qualunque i testimonii non potranno essere presenti all'udienza, le loro deposizioni saranno lette. » Bisogna bene contentarsi delle deposizioni scritte, quando è impossibile ottenersi le dichiarazioni orali, e sarebbe poco ragionevole escludere una testimonianza per la sola ragione che il testimonio fosse morto dopo la sua deposizione innanzi il giudice istruttore, come prescriveasi sotto l'impero del codice di brumale.

La giurisprudenza attuale però cade nell'eccesso contrario, quando permette di sostituire le deposizioni orali alle deposizioni scritte, nel caso in cui il testimonio non sia stato citato o non siasi presentato. (1). Ma delle due cose l'una: o la deposizione è interessante, ed allora essa dev'essere reiterata oralmente, perciocchè l'importanza delle spese cui darà luogo il rinvio della causa ad un'altra seduta, non può entrare in bilancia coll'interesse della giustizia; o la deposizione non ha che un valore secondario, ed allora debbesi passare oltre.

« Le deposizioni scritte, dice nel « combattere questa giurisprudenza « il signor Faustin Helie (2), non of- « frono punto le guarentigie delle « deposizioni orali. Esse sono state « raccolte per servire di elemento « all' accusa e non alla decisione: « esse sono redatte dal giudice, spes- « so da un ignorante cancelliere, e « non dallo stesso testimonio; esse « esprimono la sostanza ed il senso « della dichiarazione, ma non le sue « parole ed il suo testo; esse final- « mente sono ricevute nella stanza « privata del giudice, senza discus- « sione, senza contradizione, senza « pubblicità. Come avere la certezza « che siano queste le espressioni del « testimonio? Il processo verbale può « forse riferire le sue esitazioni, le « sue lunghe reticenze, le suggestioni « adoperate per ottenere la dichia- « razione di lui? Può esso dipin- « gere il suo turbamento, l'accento « suo, la sua emozione? Esso non « può dare che un' analisi secca e « rapida della deposizione; se essa « è incompleta o ambigua, dove po- « trò io ritrovarne il compimento? « Inoltre, quand'anche questa depo- « sizione fosse chiara e precisa, chi « può sapere se il testimonio l'a- « vrebbe sostenuto in mezzo alla « discussione, se non avrebbe esi-

biano fatto la loro dichiarazione con giuramento, non è necessario che vi siano chiamati (articolo 246). Se non abbiano dato giuramento, le loro dichiarazioni scritte non potranno, a pena di nullità, leggersi, se non nei soli casi di morte o di assenza dalla provincia o valle dei dichiaranti. Però anche nell'ultimo di questi casi, quando la dichiarazione sia di grave importanza, l'uso costante ritiene che debba sospendersi la pubblica discussione per attendersi il testimonio, ovvero si delega il giudice del luogo per riceverne la dichiarazione. —*Il Traduttore.*

(1) Vedi cinque arresti di rigetto, del 22 marzo 1821, 25 agosto e 14 settembre 1826, 9 febrajo e 16 giugno 1843.

(2) Rivista di legislazione, tom. XVII, pag. 368.

Digitized by Google

« tato in faccia al ministero pubblico « o all'accusato, se, turbato dalla « maestà dell'udienza, avrebbe per« severato in una dichiarazione fatta « forse senza riflessione? Finalmente « la falsa deposizione fatta innanzi « il giudice d'istruzione non ha san« zione, non è colpita da alcuna pe« na: la pena della falsa testimo« nianza egli non può incorrerla se « non quando è ripetuta nella di« scussione; essa non presenta dun« que le stesse guarentigie di sin« cerità. »

Checchè ne sia, è vietato di presentare al giurì, quando esso ritirasi nella sua stanza a deliberare, le dichiarazioni scritte dei testimomonii (codice d'istruzione artic.341). E questo debbesi intendere, non solamente delle dichiarazioni fatte innanzi il giudice d'istruzione, le quali non figurano negli elementi della discussione diffinitiva; ma ben'anco delle deposizioni dei testimoni non presenti, lette all'udienza in virtù del potere discrezionale. Se cotali deposizioni si presentassero al giurì, siccome esse sarebbero le sole che il medesimo avrebbe sotto gli occhi, potrebbero spiegare un'influenza troppo diretta sulla determinazione sua, e far prevalere, contro lo spirito della legge, i documenti scritti sulle testimonianze orali.

SECONDO MODO DI PRUOVA ORALE.

DICHIARAZIONE DEL CONVENUTO.

CONFESSIONE ESPRESSA O TACITA.

284. La dichiarazione dell'uomo sui fatti litigiosi, che emana ordinariamente da terze persone estranee al litigio, può esser l'opera delle parti stesse. Noi riserbiamo per la terza parte di questo libro i casi molto rari in cui la dichiarazione dell'attore medesimo fa pruova in giudizio: qui ci occuperemo della pruova che gli antichi scrittori chiamavano la pruova per eccellenza (1), *probatio probatissima*, della confessione, cioè della testimonianza dello stesso convenuto, che riconosce, contro il proprio interesse, la verità dei fatti allegati dall'avversario.

285. La confessione può essere espressa; essa è la confessione propriamente detta. Essa può esser tacita e risultare da talune determinate circostanze. Il rifiuto di prestare o di riferire il giuramento decisorio è la più notevole di queste circostanze.

(1) È un giocar sulle parole il riprodurre, all'incontro, come fanno Zachariae ed i suoi annotatori (§ 749 e nota 22 su questo §), l'opinione di antichi scrittori, secondo i quali la confessione non è una pruova, poichè essa dispensa da ogni pruova colui in vantaggio del quale vien fatta. Dapprima questa forza assoluta della confessione non esiste punto in materia criminale (numero 290), nè ha luogo in tutti i casi in materia civile (numero 299). Inoltre quando essa ha luogo, la confessione è sempre una pruova nel significato più esteso della parola, poichè è un mezzo di giungere alla conoscenza della verità (numero 1). I traduttori italiani del nostro trattato chiamano anche la confessione *probatio impropria*, considerando il giudice che la riceve come colui che statuisce *de praesenti* e non *de praeterito*, per ragione della forza invincibile della confessione. Ma questa forza invincibile può esistere in altri generi di pruova, anche nella pruova testimoniale, quando la qualità ed intelligenza dei testimonii siano al di sopra di qualunque sospetto. Ad ogni modo sarebbe singolare che una pruova cessasse di essere perfetta per la sola ragione che produce nel giudice un più completo convincimento.

Digitized by Google

PRIMA SPECIE DI CONFESSIONE.

CONFESSIONE ESPRESSA, O CONFESSIONE PROPRIAMENTE DETTA.

286. Secondo l'uso nostro, noi cominceremo dall'esaminare quale sia la forza della confessione; indi ci occuperemo della procedura necessaria per ottenerla.

PRIMA SEZIONE.

FORZA DELLA CONFESSIONE.

287. In ogni materia, la confessione ha un'alta importanza; ma questa importanza è nel civile maggiore che nel criminale. Dove trattasi solamente di quistioni pecuniarie, la confessione ha in generale una forza assoluta: tanto peggio per la persona capace che riconosce scientemente un falso debito; la società non deve protezione agl'interessi privati che opinano di sagrificarsi da loro stessi. Innanzi le giurisdizioni criminali, per l'opposto, la forza della confessione non è così completa; non basta che un'accusato consenta ad essere condannato perchè la sua condanna sia legittima; è d'uopo che la colpabilità sia d'altronde verosimile.

PRIMA DIVISIONE.

Forza della confessione in materia civile.

288. La confessione che può opporsi contro il proprio avversario è, ai termini dell'articolo 1354-1308, giudiziale o stragiudiziale. La legge si è fermata principalmente alla confessione giudiziale, sia perchè essa è sempre regolarmente stabilita, sia perchè le circostanze nelle quali essa ha luogo, non permettono di considerarla come fatta leggermente e senza riflessione. Noi esamineremo i principii stabiliti dal codice civile relativamente a questa prima specie di confessione; vedremo in prosieguo sino a qual punto questi principii siano applicabili alla confessione stragiudiziale.

§ I. *Confessione giudiziale.*

289. La confessione giudiziale vien definita [articolo 1356-1310], la dichiarazione che fa in giudizio [*] la parte o il suo special procuratore. La confessione può trar seco una vera alienazione; essa suppone quindi, presso colui dal quale proviene, la libera disposizione dei dritti che sono in tal guisa volontariamente abbandonati. Da ciò una prima conseguenza, ed è che essa dev' esser

(*) Perchè la confessione sia reputata giudiziale non è necessario che sia stata fatta nel giudizio medesimo nel quale si vuol farla valere; la regola: *acta facta in uno judicio in alio fidem non faciunt*, non è applicabile alle confessioni delle parti, *quia confessiones vel attestationes factae coram arbitro, valent etiam finito compromisso*.—Corte suprema di Napoli, 17 gennajo 1850 (*Gazzetta dei Tribunali*, n. 449, p. 257, q. 4).

Di conseguenza le domande presentate dal querelante in linea penale sono delle confessioni che possono contro di lui invocarsi nel giudizio civile successivamente intentato. La stessa corte, arresto del 7 dicembre 1846 (Albissini, vol. 7, p. 46). —*Il Traduttore.*

Digitized by Google

l'opera di una parte capace; in caso diverso essa potrà essese impugnata dagl'interessati come contenente una donazione mascherata, e in questo senso si può dire: *qui non potest donare, non potest confiteri* [*]. Ma le circostanze possono esser tali da non far cadere alcun dubio sulla sincerità della confessione; in tal caso essa sarà valida, sebbene proveniente da una persona incapace di stare in giudizio. In tal guisa potrebbero ritenersi come seriamente fatte le confessioni di un padre in vantaggio del figlio suo naturale riconosciuto, se tutto indicasse che la lite non fosse stata fittizia. In questa quistione, come in tutte quelle che concernono le liberalità mascherate, i tribunali hanno un potere assoluto.

Una seconda conseguenza del principio che confessare importa sovente alienare, si è che la confessione, al pari dell'alienazione, è interdetta ad un mandatario che non è specialmente all' uopo autorizzato [*ibid.*, articolo 1998-1870]. Nondimeno la confessione fatta senza speciale facoltà può talvolta compromettere il mandante. Certamente, quando il mio mandatario sarà un semplice particolare che non abbia alcun carattere pubblico, la confessione da lui fatta in mio nome, senza esservi autorizzato, sarà radicalmente nulla, come eccedente i limiti del suo mandato [*ibid.*, articolo 1998-1870]. Ma quando io sono rappresentato da un ufficiale pubblico procuratore *ad lites*, da un patrocinatore o da un usciere, i di lui atti saranno considerati come atti miei proprii, e mi legano, per lo meno sino alla pruova in contrario. Se io voglio farli cadere, mi corre l' obbligo d' intentare un procedimento speciale, quello della disapprovazione: il che sarebbe del tutto inutile se si trattasse di un mandatario ordinario [codice di procedura articolo 352-444 e seguenti].

Per quanto concerne l'avvocato, non essendo egli il rappresentante immediato della parte, non la compromette direttamente; quindi è fuor di dubio che la disapprovazione non può mai essere intentata contro l'avvocato. Nondimeno se il patrocinatore non ritratta la confessione fatta dall'avvocato, si ritiene che esso l'abbia fatto sua, e quindi la parte che ne risente il danno è autorizzata a disopprovare, non l'avvocato, ma il patrocinatore soltanto [rigetto delli 8 dicembre 1829 e 9 aprile 1848][**].

290. La confessione fa piena fede contra colui che l'ha fatto [codice civile articolo 1356-1310][***]. Ma que-

(*) Il tutore non può riconoscere debito del minore quel che dicesi non essere stato mai del defunto.—Corte suprema di Napoli, arresto dei 24 agosto 1837. V. Vaselli, *Manuale pel giureconsulto*, tom. 3, pag. 42.

La confessione giudiziale, fatta senza autorizzazione speciale da una donna maritata, non potrebbe esserla opposta, se questa confessione avesse avuto luogo in un modo spontaneo e senza essere stata provocata da una interpellazione del giudice, nel tempo di un interrogatorio sopra fatti e circostanze, o di una comparsa delle parti in persona. Cassazione, 22 aprile 1828. Lo stesso debbe dirsi di una confessione stragiudiziale. Corte suprema di Napoli, arresto del 30 aprile 1840. V. Vaselli, tom. V, pag. 715.

Il codice civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla, (art. 2295) e quello di Sardegna (art. 1471) dichiarano espressamente che la confessione, per produrre effetti dev' essere fatta da persone capaci di obbligarsi.—*Il Traduttore.*

(**) Unif.: cassazione, 16 marzo 1814. Vedi nello stesso senso: Toullier, tom. X, num. 198, Zachariae, § 751, nnm. 3, in fine —*Il Traduttore.*

(***) La confessione giudiziale può non essere ammessa dal giudice come unica base della sua decisione, se presentata am-

Digitized by Google

sta proposizione non è vera se non quando non si trovino in lite interessi di un ordine superiore. Così il codice di procedura [articolo 870-948] decide, in materia di separazione di beni, che la confessione del marito non fa pruova. Questa decisione applicasi a ragion più forte alla separazione personale ed alle nullità del matrimonio. Se, nei casi in cui l'interesse generale richiede che il giudice non profferisca sentenza che con cognizione di causa, non è permesso di attenersi alla confessione, debbesi forse esitare a negarle qualunque efficacia allorquando essa tende a stabilire taluni fatti dei quali la legge vieta il riconoscimento, come per esempio, una filiazione incestuosa o adulterina?

Noi adunque, in opposizione all'opinione di taluni scrittori, approviamo un arresto di rigetto del 28 giugno 1815, il quale negò di riconoscere una filiazione adulterina, malgrado la confessione emanata dalle parti interessate, colla contradizione dei loro avversarii. La quistione non è di sapere se si abbia una certezza morale dei fatti in tal modo confessati, perciocchè il riconoscimento, anche per atto autentico, non è ammesso, ma se questi fatti siano di una natura tale che se ne debba respingere la pruova, a meno che questa non risulti dalla forza delle cose (per esempio, quella della maternità adulterina nel caso d'impugnazione di paternità). E di vero, come mai potrebbe essere permesso di confessare una filiazione della quale non si permettono nè le indagini, nè il riconoscimento?

Finalmente, a ragion più forte, la confessione non potrebbe modificare le regole di dritto dalle quali dipende l'esito della contesa(*). Si è per questo che la corte di cassazione [rigetto delli 8 agosto 1808] ricusò di ritenere produttivo di effetti il riconoscimento fatto in giudizio con cui sostenevasi che la materia andava regolata dalla legge di un altro paese.

291. Qualunque siansi i punti sui quali cade la confessione, è fuor di dubio che, per produrre condanna, dev'essere precisa e completa; in caso diverso essa sarebbe semplicemente un principio di pruova che dovrebbesi completare con altri mezzi di dimostrazione. I giureconsulti romani non fecero che proclamare una verità di eterna giustizia quando dissero [1]: *certum confessus pro judicato erit; incertum non erit.*

Inoltre, perchè siavi confessione, è d'uopo che una parte riconosca come vero e come verificato in faccia a lui un fatto allegato dalla parte contraria. Delle semplici indicazioni e proposizioni in sostegno di un sistema di difesa, non potrebbero costituire una confessione giudiziale, quand'anche tali indicazioni fossero reiterate in un interrogatorio sopra fatti ed articoli: tutto al più non potrebbesi scorgere in esse che un principio di pruova per iscritto [**]. Del resto i giudici del fatto hanno un potere assoluto per valutare il carattere della dichiarazione avuto riguardo ai fatti ed ai documenti della lite [rigetto del 2 giugno 1829, 25 febbrajo 1836 e 5 dicembre 1842] [***]: non debbesi forse conchiudere da que-

biguità e contradizione. Cassazione, 17 febbrajo 1850.—*Il Traduttore.*

(*) Unif.: cassazione, 18 marzo 1846 (*Journal du Palais*, t. 1, 1847, pag. 48); Grenoble, 6 febrajo 1845 (*ibid.*). Vedi nello stesso senso Zachariae, § 751, numero 1.—*Il Traduttore.*

(1) Ulpiano, legge 6, dig. *de confessis.*

(**) Questa è parimenti l'opinione di Zachariae, § 751, num. 1.—*Il Traduttore.*

(***) Unif.: cassazione, 3 maggio 1848 (*Journal du Palais*, t. 1, 1848 p. 579); 5 dicembre 1842 (t. 1, 1843, pag. 179). Vedi anche un arresto della corte suprema di Napoli del 30 agosto 1845. (Albissini, tomo 5, pag. 242).—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

sto, secondo la teorica dell'arresto del 3 dicembre 1829, che la confessione dev'esser fatta in certo modo colla contradizione della parte, val quanto dire accettata dalla controparte?

292. Per sostenere che la confessione può essere ritrattata, finchè non sia accettata dall'avversario, si dice (1) che non bisogna confondere con una convenzione la semplice dichiarazione di un fatto. Una convenzione esige il concorso di due volontà, e non può di conseguenza produrre effetto in vantaggio di una persona non presente [cod. civ. articolo 1121-1075] se non quando questa persona dichiari volerne profittare. Ma la dichiarazione di un fatto, principalmente quando ha luogo in giudizio, deve presumersi vera, se essa è libera e spontanea, quand'anche l'avversario non se ne sia fatto dare atto; questa circostanza posteriore sembra estranea alla validità intrinseca della confessione, validità che doveva esistere nel momento stesso in cui ebbe luogo.

Sebbene queste considerazioni non manchino di gravità, l'utilità pratica ha fatto sin da molto tempo prevalere l'opinione contraria. Si è creduto esser troppo pericoloso il non permettere di recedere immediatamente da parole profferite leggermente dalla parte, spesso anche dal suo rappresentante, o dalle espressioni di una domanda, sfuggite all'inesperienza di un giovine scrivano, quando non siavi ancora alcun dritto acquistato dalla parte contraria (2). Questo era tanto fermamente stabilito nell'antica nostra giurisprudenza, che Pothier (3) definisce la confessione giudiziale, la confessione che una parte fa innanzi al giudice di un fatto sul quale essa è interrogata, *della quale il giudice dà atto*. Un arresto della corte di Colmar del 21 aprile 1828, ha consagrato espressamente questa decisione, poco contrastata nel foro [4] (*) Ma, quando trattasi di far valere la confessione, non come decisiva contro la parte che l'ha articolato, ma solamente come interruttiva della prescrizione, si ritiene che l'accettazione non è necessaria.

Sebbene una dichiarazione immediatamente ritrattata non possa servir di base alla condanna di un debitore, essa può nondimeno essere sufficiente per rendere equivoca la liberazione di lui, e per restituire al creditore il dritto di provare il suo credito, preservandolo da una decadenza rigorosa. Pothier, il quale c'insegna la regola, c'insegna benanco l'eccezione (5); che è passata nella moderna giurisprudenza [6].

Quello che è fuor di dubio si è che la confessione, al pari di qua-

(1) Solon, addizione al *saggio sulle pruove* di Gabriele.

(2) Bene inteso però che tutto quello che si richiede si é un concorso di volontà; quindi l'accettazione può precedere ovvero seguire la confessione, il che avverrà di frequente quando vi sarà comparsa personale, ed una delle parti premurerà l'altra a spiegarsi sopra un punto controverso.

(3) Trattato delle obbligazioni, numero 831.

(4) Vedi anche un arresto di rigetto del 13 maggio 1824.

(*) Vedi nello stesso senso: Merlin, *Repert.*, v. *prova*, sezione II, § 1, numero 6; Toullier, tom. X, numero 285-292, e Poujol, num. 21. Zachariae, § 751, num. 2, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, nota 15, e Weber, p. 62, ritengono che la confessione produce gli effetti suoi senza bisogno d'essere accettata dalla parte contraria. Questa è anche l'opinione di Marcadé, sull'art. 1356, num. 2 — *Il Traduttore*.

(5) *Ibid.* num. 693.

(6) Vedi due arresti di rigetto del 24 maggio 1832 e del 22 agosto 1837.

Digitized by Google

lunque altra dichiarazione fatta in giudizio, può essere ritrattata per violenza, dolo o errore; ma ci si avverte [codice civile articolo 1356-1310] esser mestieri che l'errore cada sul fatto e non sul dritto. L'errore di dritto, infatti, non è tale da alterare la sincerità della confessione. Io ignorava le conseguenze che la confessione doveva trar seco per me; io mi comportai forse con imprudenza; ma non perchè la verità mi arreca pregiudizio, ne viene di conseguenza che io non ho detto la verita [*].

293. Finalmente la confessione [lo stesso articolo 1356-1310] non può scindersi contro colui che l'ha fatto. Questa indivisibilità è di rigorosa giustizia. Quando io mi rimetto alla dichiarazione dell' avversario mio, io debbo prenderla tale quale essa è, non posso scinderla arbitrariamente, per ritrarne semplicemente quello che mi è favorevole. Se fosse altrimenti, io gli attribuirei un linguaggio che egli non ha nè tenuto, nè inteso tenere; perciocchè è ben noto quanto riesca agevole, isolando talune espressioni, dar loro un significato apertamente contrario all'intenzione di colui che le ha profferito. La confessione può essere accettata o rigettata, ma non è lecito denaturarla. Quando io non avessi altra pruova di un prestito che la confessione di colui al quale è stato fatto, e quegli avesse detto essersi obbligato a restituirmi la somma senza interessi, io non sarei ammessibile a sostenere, invocando, per esempio, le presunzioni, se la somma è inferiore a centocinquanta franchi, che gl'interessi furono stipulati. La confessione vien detta *qualificata*, quando essa racchiude in tal guisa il riconoscimento di un fatto sotto talune modificazioni.

L'indivisibilità è un poco più dubia quando la confessione è *commessa*, cioè quando la dichiarazione che modifica la confessione cade sopra un fatto distinto e posteriore, per esempio, sopra un pagamento che il mio debitore dichiara avere eseguito, nel tempo stesso in cui riconosce il debito. Qui potremmo essere tentati di sostenere non essere interdetto disgiungere le due dichiarazioni che sono tutt'altro che confuse, poichè l'una è la confessione di un primo fatto, mentre l'altra è l'allegazione di un fatto secondo, tutto favorevole a colui che se ne avvale, e che si riferisce ad un' epoca diversa. Nondimeno questo caso è stato sempre confuso col precedente. Quando io non mi ho procacciato delle pruove, ho riposto la mia fiducia nella buona fede dell' avversario; quindi, per tutto quello che concerne il debito, io debbo rimettermi a questa buona fede.

Siffatta quistione è testualmente decisa dal codice civile in materia di deposito: « Quando il deposito, « dice l'articolo 1924-1796, ecce- « dente centocinquanta franchi, non « sia provato con iscrittura, si pre- « sta fede a colui che è convento co- « me depositario sulla sua dichiara- « zione, tanto per lo stesso fatto del « deposito, quanto per le cose che « ne formano l'oggetto e la loro re- « stituzione. » Questa decisione dev'essere generalizzata. Havvi l'uguale

(*) È necessario però in tal caso che l'autore della confessione provi l'errore del fatto da lui allegato. Zachariae, § 751, num. 2; Torino, 6 dicembre 1808; cassazione, 15 febbrajo 1836. Il codice civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla (art. 2296) ammette la ritrattazione per errore di dritto, quante volte però si tratti di evitare un danno, e non mai quando si tratti di fare un guadagno. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

ragione per rimettersi completamente al debitore, in qualunque analoga circostanza.

Ma debbesi decidere altrimenti quando quegli che ha fatto la confessione allega, per distruggerne l'effetto, un fatto interamente nuovo, per esempio, un credito in favor suo, che si compensa col debito confessato. Io voglio ben prestar fede al mio debitore, in ciò che concerne il suo debito; ma io non ho mai avuto l' intenzione di autorizzarlo a dichiararsi a sua volta mio creditore. In caso diverso, spingendo troppo oltre le conseguenze del principio dell' indivisibilità, si giungerebbe al punto che se il credito allegato dal debitore oltrepassasse l'ammontare del suo debito, essendo impossibile scindere la sua dichiarazione, la pretesa confessione invertirebbe in ultima analisi le parti, e renderebbe debitore il creditore; il che è, senz' altro, evidentemente inammessibile.

In Roma la scissione era in tale ipotesi praticabile. Ecco infatti il caso presentato da Scevola (1):

« Titius Sempronii salutem: habere me a vobis auri pondo plus « minus decem, et discos duos, sac« cum signatum; ex quibus debe« tis mihi decem quos apud Ti« tium deposuistis, item quos Tro« phimati decem: item ex ratione « patris vestri decem et quod ex« currit. Quaero an ex hujusmodi « scriptura aliqua obligatio nata sit, « scilicet quod ad solam paecuniae « causam attinet? Respondit, ex e« pistola, de qua quaeritur, obliga« tionem quidem nullam natam vi« deri, sed probationem depositarum « rerum impleri posse. An autem is « quoque, qui deberi sibi cavit in « eadem epistola decem, probare pos« sit hoc quod scripsit, judicem ae« stimaturum. »

Siffatta teorica è bene esposta dal Voet, scrittore poco versato, senza dubio, nella conoscenza istorica del dritto romano, ma che sviluppa sovente con aggiustatezza i principii di ragione attinti dai moderni in quella legislazione. Nel suo commentario sul titolo *de confessis*, num. 5, si legge: « Equidem si plura sint « capita confessionis separata, quo« rum unum haud dependet ab al« tero, nihil vetat quominus divisio « confessionis admittetur, et accipia« tur pars altera, altera rejiciatur; « sicut unam partem sententiae, quae « confessioni similis, admittere po« test qui succumbit, et ei acquie« scere, ab altera vero appellare. « Si omnia confessione comprehensa « inter se connexa, et unius quasi « actus continui factum contineant, « non videtur circa eumdem actum « admittenda separatio, et proinde « vel tota confessio acceptanda est, « vel tota rejicienda, quum iniquum « sit commoda quidem admittere, « repudiare vero onera eidem cohe« rentia. »

La giurisprudenza della corte di cassazione si è varie volte pronunziata in questo senso. Essa ha ammesso l'indivisibilità tanto della confessione qualificata, nel caso in cui trattavasi di sapere a qual titolo fossero state consegnate delle somme, non essendovi altra pruova della consegna che la confessione di colui che le avea ricevuto (rigetto del 25 febbrajo 1837; vedi anche un arresto di annullamento del 26 novembre 1849); che della confessione connessa, relativamente all'impiego delle somme che il convenuto riconosceva d'aver ricevuto, e che egli diceva avere rimesso in prosieguo nelle mani dell' attore, o relativamente alla liquidazione di un conto

(1) Legge 26, § 2, dig. *depos.*

Digitized by Google

di cui gl'introiti ed esiti non erano giustificati che dalla confessione del mandatario (rigetto del 6 novembre 1838 e 8 giugno 1842).

Per l'opposto, la medesima corte ha permesso di scindere la confessione, quando siasi allegato un credito distinto per operare la compensazione del debito confessato (rigetto del 14 gennajo 1824), ed in generale quando trattisi di fatti non connessi [rigetto del 23 dicembre 1835 e del 6 febbrajo 1838]. Ammessa una volta questa distinzione, è fuor di dubio che possono separarsi le risposte date in un interrogatorio sopra fatti ed articoli, quando tali risposte non siano connesse; in caso diverso, lo scopo dell'interrogatorio verrebbe completamente a mancare, perciocchè non mi sarebbe permesso di giovarmi delle dichiarazioni vere del mio avversario sopra taluni punti, senza incorrere l'obbligo di accettare sopra altri punti le sue mendaci dichiarazioni [rigetto del 6 aprile 1836] (*).

Quello che havvi di certo si è che le restrizioni della confessione, al pari della confessione medesima, non

(*) Ecco in breve un quadro della giurisprudenza sui principii concernenti l'indivisibilità della confessione giudiziale.

Quando il fatto affermato da un litigante come distruttore dell'obbligazione che risulta dalla prima parte della confessione trovasi avere con questa prima parte un rapporto intimo e naturale, la confessione è indivisibile.

Pothier, *Trat.* delle *Obblig.* n. 832; Merlin, *Quist.*, v. *cause delle obbligazioni*, § 1, n 3; Toullier, t. X, n. 339; Delvincourt, ediz. del 1819, t. 2, p. 837, *note*, p. 189, n 8; Duranton, t. X, n. 351; Marcadé, sull'art. 1356, n. 2; Zachariae, ed i suoi annotatori, t. 5, § 751, e nota 21; Rolland de Villargues, Rep. del notariato, v. *confessione*, n. 52.—V. anche cass. 4 novembre 1846 (t. 2, 1846, p. 587); 26 novembre 1849 (t. 2, 1849, p. 403). Vedi inoltre nello stesso senso un arresto della corte suprema di Napoli del 25 settembre 1847 (Albissini, t. 6, pag. 398).

La confessione è divisibile quando le diverse parti delle quali si compone non hanno tra loro un legame intimo e naturale, e sono, all'incontro, indipendenti l'una dall'altra; come quando taluno, dopo avere riconosciuto un prestito, affermi essere posteriormente divenuto creditore per un'altra causa.

Gabriel, *Saggio sulle Pruove*, t. 2, pagina 28; Merlin, *Repert*, v. *confessione*, num. 1, nota I; Lepage, *Quistioni*, p. 219; Baroche, *Enciclopedia di dritto*, v. *confessione*; Rolland de Villargues, *Repert.*, *del Not.*, v. *confessione*, num. 54 e seguenti; Toullier, t. X, num. 339; Marcadé, art. 1356, num. 2; Zachariae ed i suoi annotatori, § 751, e nota 24; Mourlon, *Ripetizioni scritte*, 2 esame, p. 736; Teulet, D'Auvilliers e Sulpicy, sull'art. 1356, numero 62; Boileaux, comment., sull'articolo 1356; Pigeau, *Proc.*, t. 1, p. 238; Carrè, per Chauveau, t. 3, q. 1262, nota 2; Boncenne, *Teoria della proced. civ.*, t. 4, p. 351; Berriat-Saint-Prix, *Corso di proc. civ.*, p. 317, nota 35; Bioche, *Dizion. di proc.*, v. *confessione*, n. 23 e seguenti, e *Dizion dei giudici di pace*, *eod. verbo*, num. 20 e seg.; Curasson, *Trattato della competenza dei giudici di pace*, t. 1, num. 32; Allain, *Manuale enciclopedico dei giudici di pace*, t. 2, numero 1936 e seg.; Vaudoré, *Dritto civile dei giudici di pace*, Repert., v. *confessione*, num. 20 e seg.

Vedi nello stesso senso: cassazione, 14 gennajo 1824, 25 agosto 1831, 23 dicembre 1835; Douai, 13 maggio 1836 (*Jour. du Palais* t. 2, 1837, p. 103); cassazione 6 febrajo 1838 (t. 1, 1838, pag. 526); Colmar, 16 gennajo 1846 (t. 2, 1846, pag. 529); Caen, 20 marzo 1849 (t. 1, 1850, pag. 395); cassazione, 18 febrajo 1851 (t. 2, 1851, pag. 207), 26 febbrajo 1851 (t. 2, 1851, pag. 524), e cassazione 14 aprile 1852 (t. 1, 1852, pagina 597.

Vedi pure nello stesso senso un arresto della corte suprema di Napoli del 1 agosto 1850 (*Gazzetta dei tribunali*, num. 497, pag. 642), ed un altro del 30 agosto 1845. (Albissini, tom. 6, pag. 242). — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

possono sfuggire le proibizioni della legge: così, se una persona che la legge presume interposta in vantaggio di un incapace, riconosce aver ricevuto una donazione; invano aggiungerebbe averla ricevuto per conto proprio, e che la sua confessione dev'essere considerata come indivisibile; la seconda parte della dichiarazione sarà rigettata come illegale, ma la prima sarà conservata.

Inoltre, indipendentemente dalle presunzioni legali, si è sempre ritenuto che, quando sianvi nella causa indizi di dolo, l'indivisibilità della confessione può sempre essere respinta dietro cognizione di causa. Questo è probabilmente il motivo pel quale l'articolo 1961 del codice olandese si rimette ai lumi del magistrato per l'indivisibilità della confessione. Il nostro codice non si spinge certamente tant'oltre: i nostri tribunali non possono, senza una ragione palpabile allontanarsi dalla regola tracciata: ma i casi di frode sono in questa materia, come in qualunque altra, eccettuati. Se quindi l'aggiunzione fatta alla confessione è gravemente sospetta, e principalmente se le circostanze addotte per giustificarla sono di una inverosimiglianza grossolana, il tribunale potrà respingere tale aggiunzione, per attenersi puramente e semplicemente alla confessione, purchè però abbia cura di esprimere gl'indizii di dolo che la causa presenta (Agen, 16 dicembre 1823).

Finalmente, oltre la cennata circostanza, la regola dell'indivisibilità non riceve applicazione se non nei casi in cui l'avversa parte, non potendo allegare altra pruova che la confessione, è obbligata di accettare o rigettare per intero la dichiarazione sulla quale essa si fonda. Non avviene lo stesso quando questa parte abbia altri mezzi legali onde provare il dritto suo: in tal caso la confessione qualificata, e principalmente la confessione connessa, non hanno che un'importanza secondaria: un sistema contrario paralizzerebbe troppo agevolmente i mezzi della parte avversa, mercè una confessione parziale, della quale essa non potrebbe modificare il tenore [rigetto del 18 e 26 febrajo 1851] (*).

§ 2. *Confessione stragiudiziale.*

294. La confessione stragiudiziale è quella che non ha luogo in presenza della giustizia nel corso di un giudizio. Il legislatore non si è occupato di questa confessione se non per la parte relativa al modo di farne la pruova. Ordinariamente, quando essa non rientra nella categoria delle pruove precostituite, delle quali non dobbiamo in questo momento occuparci, cioè quando essa è semplicemente verbale, non può certamente essere provata se non col mezzo di testimonii, a meno che la stessa confessione non sia confessata innanzi alla giustizia. Il codice civile ci ricorda [articolo 1355-1309] essere inutile l'allegare una confessione stra-

(*) Vedi nello stesso senso: cassazione, 9 giugno 1812; Bourges, 4 giugno e 23 agosto 1825; cassazione, 20 giugno 1826; Parigi, 6 aprile 1829; cassazione, 10 gennajo 1832, e 21 maggio 1838 (*Journal du Palais*, t. 1, 1842, pag. 236); Amiens, 14 dicembre 1839 (t. 1, 1841, pag. 548); cassazione, 15 novembre 1842 (Sirey, XXXVI, 2, 159); Colmar, 16 gennajo 1846 (t. 2, 1846, pag. 529); Caen, 20 marzo 1849 (t. 1, 1850, pag. 395); cassazione 28 settembre 1850. Vedi parimenti nello stesso senso: Toullier, t. X, num. 336; Merlin, *Quist.*, v. *confessione*, § 2 e 3; Zachariae, § 751, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, nota 27.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

giudiziale semplicemente verbale per un debito di somma maggiore di centocinquanta franchi, pel quale la pruova testimoniale non sarebbbe ammessibile.

Nondimeno talvolta la confessione stragiudiziale ha un carattere particolare, il che avviene quando essa non è fatta, a vero dire, in giudizio, ma soltanto davanti ad un' autorità che può stenderne atto, per esempio, innanzi un giudice di pace che segga in qualità di conciliatore delle parti. Questa confessione non è una confessione giudiziale, come l'ha deciso, secondo noi a torto, la corte di Limoges a 17 luglio 1849, perciocchè il funzionario innanzi al quale essa è articolata non siede come giudice, e non avrebbe qualità per provocarla con un interrogatorio nelle forme. La confessione in tal guisa fatta non avrà adunque la forza di quella fatta nel corso di un giudizio; ma potrà certamente essere allegata, qualunque siasi l' importanza della lite, perciocchè, sebbene verbale, essa è stata fatta innanzi ad un' autorità investita del potere di renderne certa l'esistenza [codice di procedura articoli 54 e 55] [*].

295. La confessione stragiudiziale, quando sia legalmente provata, non ha un valore diverso della confessione giudiziale. Se essa è positiva e precisa, qualunque siasi il luogo in cui essa è stata fatta, dev' essere decisiva contra la parte che si è condannata colla propria bocca. Nondimeno la legge non ha creduto dover ripetere per questa confessione, quello che essa dice per la confessione giudiziale, che essa fa piena fede contro colui che l'ha fatto. Ciò è stato perchè il legislatore ha temuto che si fosse fatto abuso di questa regola. E di vero, la confessione stragiudiziale è raramente ben completa e ben chiara. Le parole che sfuggono in una conversazione non si pesano da colui che le profferisce, come quelle che vengono pronunziate in giudizio in un interrogatorio solenne. Dovrà dunque con molta cura esaminarsi in quali circostanze una parte abbia fatto questo riconoscimento, dal quale vuolsi trarre profitto contro di lei. Per questa ragione non si dovrà giammai trascurare d'indagare se essa abbia avuto luogo, o pur no, in presenza del creditore [num. 292].

Parimenti dovrà attribuirsi maggiore forza alla confessione stragiudiziale della quale femmo or'ora parola, a quella raccolta dal giudice di pace sedente come conciliatore, anzicchè a quella che altro appogio non abbia che una convenzione particolare; ed in generale, la confessione provata per mezzo di scrittura avrà maggior vaglia di quel-

(*) L' opinione della corte di Limoges è conforme a quella di Toullier, t. X, num. 271; Troplong, *Prescrizione*, numero 216; Boncenne, t. 2, pag. 45; Bioche, *Dizion. di proced.*, v. *confessione*, num. 32. Vedi pure nello stesso senso: Parigi, 31 gennajo 1807 (rapportato coll' arresto di rigetto del 10 marzo 1808); Torino, 6 dicembre 1808; Aix, 22 giugno 1809. Vedi però in senso contrario Thomine, *comment.*, t. 1, num. 74; Carrè, q. 229; Pigeau, *Comment*, t. 3, p. 150. Cha cosa dovrebbe decidersi se la confessione fosse fatta innanzi un giudice incompetente?

Il codice civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla risolve testualmente (articolo 2292) questa quistione, attribuendo alla confessione la forza della stragiudiziale. Questa soluzione non è difforme dai principii delle nostre leggi.

Una confessione di questa natura dovrebbe sempre essere considerata come interruttiva della prescrizione (vedi gli articoli 2152 e 2154, cod. parte prima).— *Il Traduttore.*

Digitized by Google

la semplicemente verbale. Noi potremo adunque dire coll'articolo 1965 del codice olandese: « È lasciato alla « prudenza del giudice determinare « l'effetto della confessione stragiu- « diziale [*]. »

Niun dubio peraltro che la confessione stragiudiziale, al pari della confessione giudiziale, richiegga un potere speciale del mandatario che la fa per altri, e non possa essere ritrattata per errore di dritto.

Per quanto concerne l'accettazione, essa è necessaria nel senso che le parole profferite senza riflessione possono sempre essere immediatamente ritrattate, ma non è necessario che si prenda espressamente atto della confessione, come si praticherebbe in giudizio; ritiensi che la parte che l'ha raccolto l'abbia tacitamente accettato.

296. Si è sovente mosso dubio se la confessione stragiudiziale possa scindersi.

In sostanza è sempre ugualmente vero in tutti i casi che, quando io non altro ho in mio favore che la dichiarazione della parte contraria, la debbo accettare o respingere nella sua totalità. In tal guisa vien consagrata l'indivisibilità per la confessione scritta che risulta dai registri dei mercatanti (codice civile articolo 1330-1284). Nondimeno tutto quello che da ciò può conchiudersi si è che la teorica dell'indivisibilità non è estranea alla confessione stragiudiziale, e che non sarebbe buona quella decisione che scindesse una confessione di questa natura.

Ma potrebbe andar soggetta a censura una decisione che operasse cotale scissione? Riesce difficile il crederlo quando si rifletta che, prima della promulgazione del codice civile, ritenevasi per fermo che non avrebbesi potuto pronunziare l'annullamento, anche per la violazione del principio dell'indivisibilità della confessione giudiziale, principio che non era altro allora che una regola dottrinale, impugnata da taluni scrittori [1]. Quello che era vero per la confessione giudiziale medesima, lo è anche oggi, nel silenzio della legge, per la confessione stragiudiziale. La scissione di questa confessione male a proposito operata, può dar luogo all'appello, ma non mai al ricorso per annullamento (rigetto del 10 dicembre 1839) [**].

Ma, se ritiensi generalmente come regola legale, che una confessione puramente stragiudiziale non va soggetta al principio dell'indivisibilità, si è domandato che cosa debbasi decidere se la confessione stragiu-

(*) Questo è stato deciso da due arresti della corte di cassazione del 29 febbrajo 1820, e 10 dicembbre 1839. Questa è parimenti l'opinione di Toullier, tomo X, num. 340 e 341; di Zachariae, § 751, num 2, e dei suoi annotatori Aubry e Rau, nota 32. Un arresto della corte suprema di Napoli attribuisce la forza di principio di pruova per iscritto alla confessione stragiudiziale, e, quindi la ritiene come mezzo per ammettere la pruova testimoniale: 8 aprile 1847 (Albissini, t. 6, pag. 219). Non così però quando sia stata ritrattata. La stessa corte, arresto del 14 settembre 1833 (Agresti, t. 6, pag. 374). —*Il Traduttore.*

(1) V. Merlin, *Quistioni di dritto*, v. *confessione*, § II, num. 1

(**) La confessione stragiudiziale non è indivisibile. Toullier, t. X, num. 340; Rolland de Villargues, *Repert. del Notar.*, v. *confessione*, num. 54; Orléans, 7 maggio 1818 (v. quest' arresto sotto quello di rigetto del 29 febbrajo 1820); cassazione, 30 aprile 1821.—Vedi però in senso contrario cassazione, 17 maggio 1808. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

diziale sia stata reiterata nel corso del giudizio (1)?

Per sostenere, colla corte d'Orléans (arresto del 7 marzo 1818), che la confessione in tal guisa reiterata non si trasforma in confessione giudiziale e resta per conseguenza divisibile, invocasi la considerazione, che non può dipendere dall'arbitrio di un litigante di modificare il carattere di uno dei documenti della causa, cambiando posteriormente la natura della confessione. Noi ammettiamo volentieri che una dichiarazione puramente spontanea non potrebbe produrre gli effetti di una confessione giudiziale, perchè essa è stata fatta fuori del giudizio. Ma se la dichiarazione fatta in giudizio costituisce una confessione caratterizzata (num. 291 e 292, noi diremo con Merlin (2): « Come mai una confessione fatta in giudizio potrebbe cessare d'essere considerata come giudiziale e perderne il privilegio, per la sola ragione che la medesima sia stata preceduta da una confessione stragiudiziale della quale essa non sarebbe altro che l'eco? Questo ripugna al buon senso naturale. »

SECONDA DIVISIONE.

Forza della confessione in materia criminale.

297. La confessione, nel criminale come nel civile, può essere giudiziale o stragiudiziale.

298. La confessione stragiudiziale, quando non è dall'accusato reiterata innanzi la giustizia, e non trovasi provata per mezzo di una scrittura speciale, il che noi supponiamo sempre in questa parte dell'opera nostra, non può essere provata se non per mezzo di testimonii. La pruova testimoniale tendente a stabilire una tale confessione sarà sottoposta alle medesime regole di quella che ha di mira la pruova diretta del fatto controverso: essa sarà di conseguenza ammessibile, eccettuati i casi nei quali è vietata innanzi a qualunque giurisdizione; così, per esempio, se si volessero addurre dei testimonii per provare il riconoscimento di un preteso deposito, di cui si allegasse la violazione, vi sarebbe ostacolo d'inammessibilità, perciocchè avrebbesi dovuto richiedere una pruova scritta.

Il giudice deve esaminare in tutti i casi, come per la confessione stragiudiziale nelle materie civili, quando e come dicasi che l'accusato abbia confessato. Così dovrà prestarsi maggior fede ad una dichiarazione raccolta da un commessario di polizia, sebbene esso non abbia qualità per procedere ad un interrogatorio regolare, anzicchè a quella fatta alla presenza di semplici particolari (3).

La confessione stragiudiziale era altravolta considerata come un semplice indizio; ma secondo la giurisprudenza barbara da noi annunziata, essa poteva, al pari della deposizione di un solo testimonio, giu-

(1) Debbesi notare tuttavia che la corte di Orléans accenna nella sua decisione indizii di dolo, nel quale caso havvi eccezione al principio dell'indivisibilità (numero 293). Si cita male a proposito aver deciso nello stesso senso l'arresto di rigetto del 10 dicembre 1839, il quale non si pronunzia sulla reiterazione della confessione.

(2) *Loco citato*, § III, num. 2.

(3) Quando tratteremo della pruova scritta esamineremo quale sia la forza di un processo verbale che attesti una confessione, stesa da un ufficiale competente (numero 503).

Digitized by Google

stificare l'uso della tortura (1). Oggi l'importanza di questa confessione deve variare secondo le circostanze; ma è un grave errore il considerarla come improduttiva di effetti, come fa il signor Mittermayer (2). Se qualche volta la confessione è un atto di leggerezza o di jattanza, vi sono delle circostanze nelle quali scorgesi ad evidenza *l'animus confitendi*.

299. All'incontro, la confessione che fa l'accusato, quando le conseguenze della sua dichiarazione non possono sfuggirgli, quando la pena è in certo modo sospesa sul capo suo, sembra una pruova superiore a tutti gl'indizii ed a tutte le testimonianze. La coscienza pubblica proclama siffatta superiorità della confessione. Non veggiamo forse tutto giorno i giurati richiedere ansiosamente se l'uomo che essi hanno condannato abbia confessato il suo reato? E quando essi ricevono una risposta affermativa, non provano forse un sollievo marcabilissimo? Non sentono essi dileguarsi il residuo di quella dubbiezza che pesava tuttora nel fondo del loro cuore?

Sventuratamente nulla havvi di certo sulla terra, all'infuori dei fatti di evidenza immediata. In ogni tempo si sono intese delle confessioni mendaci. Ulpiano (3) ci parla di uno schiavo che si dichiarò falsamente colpevole d'assassinio, per non ricadere in potere del suo padrone. Di conseguenza lo stesso giureconsulto c'insegna [4] che una costituzione di Settimio Severo vietò di prestar fede ad una confessione non sorretta da alcun estrinseco elemento « confessiones reorum pro explora« tis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem « cognoscentis instruat. » Ci si assicura che nella China vi sono delle persone che confessano per altri dei reati leggieri, onde subire la pena in luogo e vece del vero colpevole, il quale poi le ricompensa generosamente. Secondo quello che ci riferiscono taluni antichi criminalisti [5], il timore della tortura, più forte ancora di quello della morte, indusse talvolta taluni innoccenti a riconoscersi immediatamente colpevoli di reati capitali. Oggi questo pericolo non è più a temersi. Ma una sorgente di confessioni mendaci che può ritrovarsi anche al presente, si è il desiderio di cagionare la propria rovina per disperazione e per odio della vita. Per questa ragione un uomo si dichiarò volontariamente colpevole di avere assassinato una vedova d'Issy, di cui la disparizione dava luogo ai più attivi procedimenti; due anni dopo la esecuzione di lui, la vedova ritornò nella propria dimora, ed i giudici che aveano profferito la condanna furono sospesi con arresto del parlamento di Parigi del 22 novembre 1580.

Anche la giurisprudenza contemporanea offre esempii di confessioni, di cui la falsità è stata materialmente smentita (6). Di conseguenza, prima di raccogliere la confessione, debbesi accuratamente indagare: 1, se il fatto sia per se stesso verosimile; così nella specie della vedova d'Issy, non era stato assodato il corpo del delitto, e la base dell'accusa non pog-

(1) V. Muyart di Vouglans, *Instituzioni di dritto criminale*, parte VI, capo IV.

(2) *Della pruova in materia criminale*, capo XXIV.

(3) Legge 1, § 27, dig. *de quaestionibus*.

(4) *Ibid*, § 17; *de quaestionibus*.

(5) Farinacio, quistioni 81, num. 30.

(6) Duverger, *Manuale dei giudizii d'istruzione*, num. 330, nota 2.

Digitized by Google

giava che sopra la voce pubblica; 2, se un motivo estraordinario abbia dato origine alla dichiarazione falsa, il che potrebbe forse discoprirsi indagando gli antecedenti di colui che si accusa spontaneamente; precauzione che non debbesi affatto trascurare all'epoca nostra, in cui il suicidio si moltiplica sotto tutte le forme. In questo senso l'antico adagio *nemo auditur perire volens* è perfettamente ragionevole.

300. Ma si è spesso fatto abuso di quest'adagio. Si è sinanco preteso che la confessione, quand'anche non abbia nulla di sospetto o d'inverosimile, non è una vera pruova, e che essa non potrebbe essere sufficiente a dare origine ad una condanna, o per lo meno ad una condanna capitale. Così, l'antica giurisprudenza, che considerava il giudice come vincolato dalla deposizione di due testimonii uniformi, non gli permetteva di dichiararsi convinto sulla confessione dell'accusato.

Queste due decisioni, sebbene opposte nelle loro tendenze, si concepiscono agevolmente in un sistema che numerava le testimonianze invece di valutarle. L'accusato era testimonio nella sua propria causa, ma la sua testimonianza era sola, quando altre deposizioni non venivano a congiungersi colla sua; di conseguenza la confessione di lui, qualunque ne fosse stata la sincerità e la precisione, non era sufficiente.

« La regola che si osserva in tutti « i reati pubblici, dice D'Aguesseau [1], si è che la sola confes« sione del colpevole non basta per « mettere la giustizia in istato di « condannarlo, giusta quell'anti« co assioma di giurisprudenza: *ne« mo auditur perire volens*. La con« fessione dell'accusato è, senza du« bio, un gran principio di pruova; « ma, per renderlo interamente con« vinto, rendesi necessario che vi « si aggiungano delle pruove le quali « non dipendano dalla di lui rico« gnizione, senza di che egli non « può essere considerato come suffi« cientemente convinto, nè, per con« seguenza, giustamente condan« nato. »

Questa teorica sembra che sia stata attinta nel seguente passo di Quintiliano (2): Ea natura est omnis con« fessionis ut possit videri demens « qui de se confitetur. » Ma, indipendentemente dalla poca autorità che hanno in materia giudiziaria le declamazioni di Quintiliano, veri esercizii di scuola, trattavasi nella specie di un uomo veramente pazzo, che accusavasi d'avere ucciso il proprio padre, e quindi non può da questo trarsi argomento di sorta relativamente alla forza della confessione in generale.

Ma, in opposizione a questo, i testi del dritto mettono la confessione nel novero delle pruove più convincenti. Così Costantino (3) attribuisce alla confessione la medesima forza che alla deposizione di testimonii concordi [4]. Per quanto concerne la costituzione di Settimio Severo [5], da noi citata, e che prescrive di non decidere sulla confessione, *si nulla probatio religionem cognoscentis instruat*, debbesi inten-

(1) Lettera 139.
(2) Declamazione 314.
(3) Legge 16, cod. *de poenis*.
(4) V. anche Valentino, legge 8, cod. *ad legem Juliam* de vi publica.
(5) Legge 1, § 17, dig. *de quaestionibus*.

Digitized by Google

derla, per conciliarla cogli altri testi, non d'altre pruove positive, ma semplicemente d'indizii tali da rendere verosimile la confessione. Quello che questa costituzione dice di questo modo di pruova sarebbe, a ragion più forte, vero per qualunque altro, e non potrebbesi certo, in opposizione al senso comune, dedurne l'inferiorità della confessione [1]. La confessione non è certamente infallibile; ma non la si potrebbe respingere senza cadere in un sistema di scetticismo che sarebbe essenzialmente pericoloso per l'interesse sociale. Il grido della coscienza spiega la confessione dell'accusato più naturalmente che un' aberrazione di mente, che potrebbe essere dimostrata dalle circostanze della causa, ma che non debbesi supporre. Le false confessioni saranno sempre infinitamente più rare delle false testimonianze.

Oggi l'intimo convincimento, eretto a principio dall'articolo 342-292 del codice d' istruzione criminale, può formarsi e si formerà colla confessione non meno che con altri mezzi. Ma, quand'anche si supponesse impossibile l'esistenza di una regola restrittiva, siffatta restrizione non avrebbe sanzione nell'alto criminale, perciocchè il giurì non motiva le sue decisioni. Con maggior fondamento si è sostenuto in materia di polizia, ove le sentenze sono motivate, che la confessione, non essendo nel numero delle pruove indicate dalla legge [codice d'istruzione criminale articoli 153 e 190], non potrebbe da se sola giustificare una condanna. Ma debbesi forse supporre che il legislatore, coll'indicare i modi di verificazione i più usitati nei dibattimenti, abbia prescritto che la decisione debba unicamente regolarsi a norma di questi modi? È ben vero che un arresto della corte di Torino del 28 aprile 1810 ha annullato una condanna correzionale, perchè essa non era fondata che sopra una confessione: ma in questa decisione non altro debbesi scorgere che una reminiscenza dell'antica teorica la quale, tendendo a reprimere l' abuso dei mezzi deplorabili adoperati altravolta per istrappare una confessione all'accusato, negava di riconoscere nella confessione isolata una pruova sufficiente. Se non v'ha cosa che imponga ai giudici di contentarsi della confessione, quando la colpabilità non sembri loro d'altronde sufficientemente provata [rigetto del 15 dicembre 1814], non è però lecito respingere la confessione, sulla base unicamente del vecchio adagio: *nemo auditur perire volens.*

Questo è stato parecchie volte deciso dalla corte suprema, e sinanco con arresti di annullamento [rigetto del 23 settembre 1837; annullamento del 4 settembre 1847 e 29 giugno 1848]. « La violazione di una massima di giurisprudenza, dice l'arresto del 1837, non può costituire un mezzo di annullamento se non quando questa massima sia rivestita del carattere legislativo, nè v'ha legge che vieti ai giudici di prima o di seconda istanza di fare entrare nei loro elementi di convinzione la confessione dell'imputato ed imponga loro sull'assunto delle regole diverse da quelle che esistono pei giurati. »

Una tale decisione può altronde sorreggersi coll'articolo 190 del codice d'istruzione, il quale prescrive espressamente l' interrogatorio del-

(1) Per quanto concerne l'influenza dei diversi sistemi di procedura criminale sulla forza della confessione, vedi i numeri 320 e seguenti.

Digitized by Google

l'imputato in materia di polizia correzionale. Vi sarebbe una increscevole mancanza di armonia in una legislazione la quale fosse più difficile per la pruova dei delitti, anzicchè per quella dei misfatti o delle contravvenzioni.

301. Una quistione più delicata è quella di sapere se, in materia di adulterio, la confessione del complice della moglie possa a sufficienza motivare una condanna contro di lui. Infatti l'articolo 338 del codice penale non ammette altre pruove contro questo complice che il flagrante delitto o documenti scritti dei quali egli sia l' autore. Si è invocato un arresto della corte di Parigi, del 18 marzo 1829, per sostenere che, per applicazione di quest'articolo, i giudici non sono autorizzati a condannare il complice sulla sua confessione. Ma in quest'arresto non trattavasi che di una dichiarazione innanzi il giudice d'istruzione, la quale, secondo la corte, non era stata *nè libera, nè spontanea.*

Per quanto concerne la vera confessione giudiziale, veggiamo quale sia stato lo scopo della restrizione stabilita da quest'articolo 338. Ascoltiamo l'oratore del corpo l'egislativo.

« Era interessante determinare la « natura delle pruove che potranno « essere ammesse per istabilire una « complicità che la malignità si piace « troppo sovente di ricercare in in« dizii frivoli, in congetture avven« tate o in coincidenze accidentali. « Dopo le pruove di flagrante de« litto, le meno equivoche di tutte, « i tribunali non potranno ammettere « se non quelle che risulteranno da « lettere o da altri documenti scritti « dall'imputato: le lettere infatti sono « quelle nelle quali il seduttore svela « tutta la sua passione, e lascia sfug« gire il segreto suo. »

Ma havvi forse indizio frivolo, congettura avventata, coincidenza accidentale in una confessione ben precisa, articolata in giudizio? Nel permettere d'impadronirsi della corrispondenza dell'imputato, per farne un'arme contro di lui, il codice penale autorizza la ricerca di una confessione tacita che potrebbe essere equivoca; perciocchè si è veduto qualche amicizia esaltata adoperare il linguaggio della passione. Or, come mai potrebbe ritenersi aver esso negato nel tempo stesso ogni forza alla confessione espressa, attribuendo in tal guisa maggior valore alle induzioni tratte da una dichiarazione stragiudiziale, che alla dimostrazione diretta che fornisce la confessione giudiziale? Invece di attribuire al legislatore una simile contradizione, non è egli più semplice seguire l'intenzione che egli ha manifestamente annunziato, di proteggere l' imputato contro la malignità pubblica? Non debbesi forse di conseguenza riservare l'esclusione dell'articolo 338 ai generi di pruova diversi dalla dichiarazione dello stesso imputato, il quale non può seriamente dolersi d'essere condannato arbitrariamente quando la condanna non poggia che sulla propria confessione [1]? Di conseguenza la stessa corte di Parigi, in un arresto più recente del 13 marzo 1847, ha considerato come

(1) Un eccesso contrario nel quale cadono coloro che non considerano la confessione se non come una pruova imperfetta, si è l'opinione che la reputa necessaria, onda possa profferirsi una condanna capitale. Spen (*Istoria di Ginevra*, anno 1502) parla di un famoso ladro, « il « quale sfuggì sempre, perchè non si con« dannava alcuno, se non confessava, e « perchè egli resistette a tutte le torture.» Non è da temersi che questo sistema sia rimesso in onore ai giorni nostri.

Digitized by Google

rientrante nelle pruove scritte autorizzate dalla legge l' interrogatorio, anche subito innanzi il giudice d'istruzione; la stessa teorica è stata consagrata da un arresto di rigetto del 13 dicembre 1851. A ragion più forte non può concepirsi dubio relativamente alla confessione fatta all'udienza.

302. La confessione può essere ritrattata in materia criminale?

La regola che vieta siffatta ritrattazione in materia civile, eccettuato il caso in cui si giustifichi un errore di fatto (codice civile articolo 1356-1310), poggia sulla ragione che la confessione in questa materia costituisce per la parte avversa un dritto acquistato. Nulla di simile nella procedura penale. Il giudice d'istruzione che ha ottenuto una confessione, non si arresta nella ricerca della verità, nè v'ha cosa che impedisca di accogliere in prosieguo la ritrattazione, se gli sembra sincera ed in armonia coi documenti dell'istruzione. Debbesi adunque decidere col codice bavaro [§ 273], che, « quando sembri altamente pro« babile che al momento della con« fessione l'imputato non ha voluto « nè potuto dire le verità, la ritrat« tazione dev'essere ammessa (1). »

303. Per quanto concerne l'indivisibilità della confessione, il motivo principale sul quale essa è fondata in materia civile, non esiste nel criminale. Non si può dire che debbasi stare interamente alla buona fede di colui contro del quale non si siano procurate altre pruove, perciocchè è ben chiaro che ordinariamente non è stato in potere del ministero pubblico di provare l'infrazione con un atto in buona forma. Niuna obbligazione adunque di accettare per intero la confessione che gl' interpreti chiamano *confessione qualificata*, cioè quella nella quale l'accusato modifica la sua dichiarazione coll'aggiunzione di circostanze che fanno dileguare, o che per lo meno attenuano la sua colpabilità. Un arresto di rigetto del 23 giugno 1837 riconosce, di conseguenza, nel giudice un potere assoluto per valutare la verosimiglianza delle circostanze aggiunte in tal guisa alla confessione [*].

Ma, perchè il pubblico ministero acquisti dritto alla confessione del fatto principale, è d'uopo che questo fatto si allontani marcabilmente dagli accessorii sui quali porta la controversia. Così, colui che riconosce aver commesso un omicidio, e che aggiunge che egli non l' ha commesso che in un caso di necessità, può essere condannato come omicida, quando questa necessità non sia giustificata.

Avverrebbe altrimenti se la restrizione cadesse sopra le circostanze costitutive del delitto, o sopra le circostanze aggravanti. Così, non si potrebbe condannare come reo di stupro colui che confessasse semplicemente degli atti preparatorii, come sarebbero toccamenti disonesti; di omicidio, colui che confessasse semplicemente aver ferito, ec. La confessione così qualificata non è che una confessione parziale, che l' accusa è obbligata di completare, fa-

(1) Vedi il signor Mittermayer, capitolo XXXVII.

(*) In materia penale non ha luogo la massima che la confessione del reo non può scindersi; massime se non è sopra di essa che la gran corte si è convinta della verità.—Corte suprema di giustizia di Napoli, arresto del 28 agosto 1850 (v. *Gazzetta dei Tribunali*, num. 499, pag. 589), e 6 dicembre 1850 (*ibid.*, num. 523, pagina 37).—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

cendo la pruova delle circostanze che non vi sono comprese, perciocchè, se può esser permesso di dividerla, è sempre impossibile aggiungervi cosa alcuna (1) [*].

304. Per quanto concerne la spontaneità della confessione, essa legasi precisamente alla quistione di forma, alla procedura che ora andremo a svolgere.

SECONDA SEZIONE.

Provocazione della confessione.

305. La confessione ha un'importanza così grave che non debbesi attendere che essa spontaneamente si offra, il che sarà sempre molto raro, ma debbesi, per l' opposto, procurare di ottenerla interrogando la parte. Nulla di più legittimo di un tale interrogatorio. Nel tipo il più semplice dell'amministrazione della giustizia, nella procedura domestica, non è forse col mezzo d'interrogazioni dirette alle persone alle quali un dato fatto viene imputato, che giungesi sovente alla scoverta della verità?

Nelle materie civili due vie possono adoperarsi per provocare la confessione: l' una segreta ed inviluppata da prescrizioni più nocevoli che utili, *l'interrogatorio sopra fatti e circostanze;* l'altra pubblica, e svincolata da forme arbitrarie, *la comparsa delle parti.* In materia criminale l' interrogatorio è talune volte segreto, talune altre pubblico, a scelta del giudice. Questi due modi sono adoperati successivamente nelle varie fasi dell'istruzione, nella stessa guisa come noi scorgemmo che praticasi per l'esame dei testimonii.

PRIMA DIVISIONE.

Provocazione della confessione in materia civile.

306. In Atene, era uso che le parti, al principiar del litigio, s'indirizzavano o stragiudizialmente, o innanzi ad un arbitro, delle proposizioni tendenti a semplificare la causa e ad accelerarne la soluzione. Queste proposizioni facevansi alla presenza di testimonii e redigevansi per iscritto, affinchè l'autore delle medesime avesse potuto, o dalla risposta dell'avversario suo, o dal di costui rifiuto a rispondere, trarre delle induzioni favorevoli in sostegno della sua causa. Ciascuna delle parti poteva del pari interrogare l'altra dinanzi il magistrato incaricato della concessione dell'azione (2).

In Roma, i litiganti erano sempre interrogati alla presenza l' uno dell'altro, tanto se l'interrogazione facevansi *in jure*, dinanzi al magistrato, per rischiarare con anticipazione il punto litigioso, quanto se facevasi *in judicio*, dinanzi il giudice, che era specialmente incaricato di raccogliere la pruova dei fatti. La provocazione della confessione non era allora un incidente, ma sorgeva dall'andamento medesimo dell'istanza. Le parti, trovandosi ambedue in faccia al giudice, erano

(1) Vedi su questo punto le giudiziose osservazioni del signor Mittermayer, capitolo XXXVI.

(*) La confessione dell'imputato che, riconoscendo di avere ricevuto un foglio firmato in bianco, dichiara averlo impiegato all'uso pel quale avergli stato consegnato, non può essere divisa. Cassazione, 15 dicembre 1849 (*Journal du Palais*, tom. 2, 1851, pag. 580). —*Il Traduttore.*

(2) Vedi Cauvet, *Organizzazione giudiziaria presso gli Ateniesi*, Rivista di Legislazione, tom. XV, pag. 296 e 297.

Digitized by Google

naturalmente chiamate a dare schiarimenti sulle ciscostanze a verificarsi.

Presso di noi seguivasi nei tempi andati lo stesso sistema. I procuratori non erano altro che dei mandatarii volontariamente scelti dalle parti, e sinanco, nei primi tempi, era necessario ottenere dal re, mediante sei *soldi parisi* la facoltà di litigare per procuratore: d'onde l'antica massima: *niuno, eccettuato il re, litiga per procuratore*, massima non più seguita nel nostro sistema giudiziario [1]. Nel 1552, Francesco I permise a chiunque di litigare per procuratore *senza lettere di grazia* [2].

Siccome la procedura erasi rivestita di un carattere più tecnico, gli atti scritti erano subentrati ai rischiaramenti orali; la comparsa delle parti era divenuta eccezionale, ed allorquando l'ordinanza del 1620, coll'istituire i procuratori a titolo d'officio nella maggior parte delle giurisdizioni, rese il loro ministero obbligatorio, essa non fece altro che sanzionare quello che la pratica aveva posto in uso [3].

Tuttavolta le nostre più antiche ordinanze, per supplire in qualche modo alla presenza dei litiganti, volevano che la loro fede fosse impegnata nel litigio. Oltrepassando il giuramento *de calumnia* imposto da Giustiniano [4] all'attore ed al convenuto, e conservato dal dritto canonico, un'ordinanza emanata da Luigi XII nel 1499 era così concepita (articolo 16): « *Item*, ordinia« mo che dopo che l'attore avrà sta« bilito ed affermato con giuramento « sopra i santi evangeli che egli crede « esser vero quanto contiensi nella « sua domanda e scrittura, tanto « nelle nostre corti di parlamento, « che innanzi ai nostri giudici reali, « il convenuto sarà obbligato a ri« spondere per *credit, vel non cre« dit*, pertinentemente, con suo giu« ramento sopra gli evangeli, ad « ogni articolo delle scritture del« l'attore. » Noi scorgiamo sinanco, per mezzo di un arresto del parlamento di Parigi del 10 maggio 1535, che condannò quest'abuso, che era invalso l'uso di detenere il litigante e di guardarlo a vista nella propria casa, sinchè egli non avesse fatto i suoi giuramenti e le sue risposte.

Questa intervenzione indiretta, imposta alle parti, non arrecava schiarimento di sorta, e non era altro che una sorgente di spese e di vessazioni. Per siffatta ragione, sotto il regno di Francesco I, l'ordinanza

(1) Vedi i nostri *Elementi di organizzazione giudiziaria*, tom. 1, numeri 229 e 519.

(2) In Inghilterra, sin dall'epoca di Eduardo I, era permesso di litigare per procuratore, senza lettere patenti del re. Ma il ministero degli uomini della legge non è mai stato obbligatorio, sebbene la procedura inglese sia per modo complicata da non permettere di far di meno dell'opera loro.

(3) In Prussia, un editto reale del 1793 aveva escluso gli avvocati ed i patrocinatori, per istabilire una procedura *inquisitoria*, nella quale il giudice indagava di officio la verità, anche in materia civile, non essendo le parti assistite da altri che da *commessarii di giustizia*, specie di pubblico ministero. Questo sistema, ben diverso da quello che seguivasi in Roma, se ne avvicinava in questo che la comparsa personale eravi di dritto. Oggi le leggi del 1833 e del 1846, avvicinandosi al dritto comune tedesco, hanno ripristinato la procedura *requisitoria*, nella quale le parti possono farsi assistere da difensori, e diriger esse medesime la causa (vedi gli articoli del signor Bergson sulla nuova legislazione della Prussia, *Rivista di dritto francese e straniero*, anno 1847).

(4) Legge 2, cod. *de jurejurando propter calumniam*.

Digitized by Google

del 1539 [articolo 27] abrogò le risposte di *credit vel non credit* (1), per sostituirvi l'interrogatorio sopra fatti e circostanze, puramente facultativo.

L'ordinanza del 1667 svincolò a sua volta l'interrogatorio da due ostacoli stabiliti nel 1539: dalla necessità di rispondere per si, o per no, vestigio dell'ordinanza del 1499, la quale chiudeva l'adito a qualsiasi utile dilucidazione; e dall'ammenda di venti lire per ogni fatto mendace, ammenda di cui l'applicazione dava nascimento ad una nuova procedura, relativa alla sincerità delle risposte.

Il codice di procedura finalmente, lasciando sussistere nell'interrogatorio dei vizii ben gravi, che erano stati indicati sin dall'epoca della redazione dell'ordinanza del 1667, ha però soppresso il giuramento, che paralizzava la facoltà della libera difesa, mettendo l'interrogato nella necessità di tradire i suoi interessi o di commettere uno spergiuro.

307. L'altro modo di provocazione della confessione molto più semplice, la comparsa delle parti, non è stato adottato che assai più di recente. Esso non era da principio usato che innanzi le giurisdizioni consolari. Ma, *avendo Iddio benedetto la semplicità dei giudici-consoli*, secondo le espressioni del signor Pussort profferite quando si redasse l'ordinanza del 1667, a poco a poco la pratica introdusse dinanzi ai giudici la medesima comparsa, chiamata talvolta *comparsa personale*, in opposizione alla comparsa fittizia, che ha luogo per l'intermedia persona del patrocinatore. Il codice di procedura autorizza espressamente questa comparsa, della quale noi non parleremo che in secondo luogo, per conformarci all'andamento istorico della legislazione.

I. *Interrogatorio sopra fatti e circostanze.*

308. Le parti possono, ai termini dell'articolo 324-418 del codice di procedura, in tutte le materie, ed in qualunque stato della causa, farsi interrogare vicendevolmente sopra fatti e circostanze pertinenti alla controversia. La legge dice in *tutte le materie*, e per conseguenza anche in quelle nelle quali la confessione non basta, per esempio nelle quistioni di separazione personale; l'interrogatorio offre sempre ragguagli preziosi per dilucidare e per completare le testimonianze[**]. Bene inteso però che l'interrogatorio sareb-

(1) Queste espressioni, al pari di quella di *Pareatis*, che trovasi tuttora menzionata nell'articolo 547 del codice di procedura, appartengono all'antico stile giudiziario, nel quale facevasi uso della lingua latina. Si fu la stessa ordinanza del 1539 quella che prescrisse di redigere le procedure civili in *lingua materna francese;* cambiamento già introdotto da Carlo VIII, nel 1490 per le procedure criminali (*).

(**) Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pa-

(*) Anche il nostro codice usa di quando in quando delle espressioni latine, avanzi dell'antico sistema giudiziario. Tali sono le espressioni *ipso jure*, che si rinvengono negli articoli 28, 32, 34, 399, 645, 881, 885, 888, 930, 932, 958, 1107, 1361, 1383, 1503, 1568, 1583, 1621 e 1718 codice parte prima; *ex officio*, negli articoli 196, 738, 747, 1013 e 1972; *pro rata*, negli articoli 643 e 971, e *ab intestato*, nell'articolo 831. Per quanto concerne le sentenze, l'art. 236 della legge organica giudiziaria del 7 giugno 1819 prescrive che siano redatte in italiano.— *Il Traduttore.*

Digitized by Google

be vietato quando tendesse ad una ricerca proibita dalla legge, per esempio a quella di una filiazione incestuosa o adulterina.

I fatti e le circostanze debbono essere pertinenti. Questo è, senza dubio, di dritto in tutte le materie; ma occorreva quì farne speciale ricordo, onde precludere diffinitivamente l'adito alle interpellazioni indiscrete che l' attore intendesse fare; il che è ad esuberanza espresso dall'articolo quando esso soggiunge: *relative soltanto alla materia sulla quale cade controversia*. Questa disposizione è d'altronde compresa nel principio generale [numero 52], il quale prescrive che i fatti dei quali si domanda di far la pruova, siano concludenti: i tribunali hanno un potere assoluto per valutare se le domande proposte abbiano un' apparenza di solidità.

Tenevasi altravolta per fermo non potersi l'interrogatorio ordinare relativamente a fatti che sarebbero di una natura tale da esporre a pene criminali o sinanco all'ignominia colui che si decidesse a riconoscerli. Siffatta restrizione poteva essere giustificata dall'uso del giuramento, vigente in quei tempi, e che poneva la parte interrogata nell'alternativa o di commettere uno spegiuro, o di accusarsi da se medesimo: *non cogendum quemquam jurare super positione turpi vel famosa*, dice una decisione del senato di Chambery del 25 giugno 1612. Oggi questo motivo non esiste più. Svincolato dalle morali strettoje del giuramento, il convenuto è del tutto libero di dare delle risposte evasive, relativamente ai punti che potrebbero comprometterlo; ma egli non può impedire che gli si diriggano le domande. Varie corti aveano chiesto che si fosse testualmente espresso che i fatti non possono essere *nè calunniosi*, *nè capziosi, nè pregiudizievoli alle parti, e non possono tendere a svelare le loro turpitudini*. Ma queste osservazioni, rimembranze di un ordine di cose cancellato, non ispiegarono influenza di sorta sulla determinazione del consiglio di Stato, il quale non inserì nella legge cosa che a ciò somigli. Un arresto della corte di Liége del 5 aprile 1811 permise d'interrogare una parte sopra fatti tendenti ad accusarlo di usura [*].

309. Per quanto concerne le persone che possono interrogarsi, è fuor di dubio che queste non altre possono essere che le parti. L'interro-

gina 581, insegna l'opinione di Bonnier: l'avviso contrario è però sostenuto da Chauveau, sopra Carrè, quest. 1226; Boncenne, num. 286, e Thomine. tomo 1, pagina 530.—*Il Traduttore*.

(*) Questa teorica è quasi generalmente insegnata dagli scrittori. V. Merlin, *Rep.*, v. *Interrogatorio sopra fatti e circostanze;* Carre, q. 1225; Berriat, p. 312, nota 6, num. 3; Favard, tom. 3, pag. 114, num 4; Dalloz. t. IX, pag. 573, num. 5; Thomine, tom. 1, pag. 529; Pigeau, comment.. tom. 1, pag. 581, e Boncenne, tom. 4, pag. 531.

L' opinione contraria è sostenuta solamente da Demiau, pag. 236, e da Chauveau, sopra Carrè, q. 1225. Quest'ultimo riferisce un brano di una memoria del signor Morin, avvocato alla corte di cassazione, ove questa materia è molto estesamente trattata.

Per quanto concerne l'interrogatorio relativo a fatti di usura, tutti consentono nel ritenerlo ammessibile. La stessa decisione dovrebbe a ragion più forte seguirsi presso di noi, ove, sebbene pel decreto del 7 marzo 1828 l' usura sia punita di prigionia, pure non potrebbe nel fatto essere un reato punibile, perciocchè la camera di commercio, che in forza del cennato decreto doveva stabilire la tassa legale degl'interessi, onde potersi conoscere l'usura, non ha finora proposto verun regolamento sull'assunto.—*Il Traduttore*.

Digitized by Google

gatorio diretto contro i terzi degenererebbe in esame testimoniale e dovrebbe essere ad altre regole sottoposto.

Ma potrebbe farsi interrogare una persona che fosse interessata nella causa, senza essere in essa direttamente parte?

Questa quistione, che agitasi principalmente relativamente alla donna maritata, e sulla quale la giurisprudenza è divisa, non può, a nostro credere, risolversi se non per mezzo di una distinzione. Se la causa riguarda nel merito la sola moglie, per esempio, se trattasi di azioni mobiliari a lei appartenenti, delle quali il marito ha l'esercizio, debbesi senza dubio avere il dritto d'interrogarla, perocchè sarebbe in vero molto singolare che non si potessero domandare schiarimenti alla vera interessata.

Il dubio è maggiore se la controversia concerne la comunione. Questa comunione, si dice, è un ente morale, che ha per capo il marito, il quale è il solo che abbia qualità per istare in giudizio; la moglie ha, egli è vero, un interesse eventuale alla comunione, nel caso in cui l'accetti, ma essa è affatto estranea a tutto quello che concerne l'amministrazione attuale (1).

Rebuffe (2) sostiene che si ha sempre il dritto di rivolgersi alla moglie, « quia poterit uxor citius « veritatem dicere quam ejus maritus, qui forte est procurator vel « advocatus antiquus, qui non so- « lent laqueis capi, sicut nec an- « nosa vulpes. » Questo motivo prova troppo, perciocchè esso autorizzerebbe ad interrogare la moglie in tutte le cause che riguardano il marito, il che è inammessibile ove la moglie non sia virtualmente parte nella causa, come l'ha deciso la corte d'Orléans, sotto li 10 luglio 1812, in materia di quasi-delitto imputato al marito. Però non può mettersi in forse che esistono nell'amministrazione della comunione taluni fatti ai quali la moglie non è estranea, e pei quali può riuscire molto utile l'interrogarla. Or essa non potrebbe essere intesa come testimone, perchè ha un interesse nella causa: di conseguenza, o debbesi rinunziare ad ottenere da lei uno schiarimento qualunque, ovvero debbesi permettere l'interrogatorio di lei. Le considerazioni che facevano ammettere la facoltà d'interrogare la donna maritata sotto il regime della comunione, hanno conservato tutta la loro efficacia nell'attuale dritto (1) [*].

Muovesi del pari controversia se possa il tutore essere interrogato sopra fatti relativi al patrimonio del suo pupillo. Egli può esserlo relativamente ai mobili, pei quali egli ha facoltà d'intentare ogni sorta di azioni, ma non relativamente agl'immobili, a meno che non trattisi di semplici fatti di amministrazione,

(1) Vedi due arresti, l'uno della corte di Caen, del 10 aprile 1823, l'altro di Metz, del 16 giugno 1827.

(2) *Tract. de Resp.* art. 4.

(1) Vedi in proposito: Orléans, 10 luglio 1812; Bruxelles, 11 ottobre 1808; e Poitiers, 13 febrajo 1827.

(*) Uniformi: Carrè, q. 1224; Merlia, *Reperi.*, v. *Interrogatorio sopra fatti e circostanze*, t. 5, pag. 536; Pigeau, *Commentario*, tom. 1, pag. 583; Favard, tomo 3, pag. 113, num. 1; Dalloz, t. IX, pag. 571, num. 6; Demiau, pag. 275; Delaporte, *Pandette francesi*, tom. 1, pagina 309; Boncenne, tom. IV, pag. 526; Chauveau, sopra Carrè, q. 1224; Bruxelles, 11 ottobre 1808, e 4 febrajo 1813; Poitiers, 13 febrajo 1827. Vedi però in senso contrario Caen, 10 aprile 1823; Metz, 16 giugno 1827.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

perciocchè egli non può da se solo alienare gl'immobili nè direttamente nè indirettamente [*].

Per quanto concerne lo stesso minore, siccome egli è completamente incapace, le sue risposte non potrebbero arrecargli pregiudizio, quindi qualunque interrogatorio si rende senza scopo, eccetto il caso in cui trattisi di delitto o quasi-delitto (codice civile articolo 1310-1264) [**].

310. Il solo caso d'interrogatorio per altri preveduto dal codice di procedura si è quello in cui trattasi di pubblici stabilimenti. Questi stabilimenti debbono delegare un amministratore, al quale essi danno un potere speciale, in cui le risposte sono spiegate ed affermate vere [codice di procedura articolo 336-430]. Ma scorgesi chiaramente che un simile interrogatorio è derisorio, perocchè le risposte sono anticipatamente formulate, e si giungerebbe ad ottenere lo scopo in un modo più semplice se non altro si facesse che una semplice notificazione di scritture. Nondimeno si può del pari interrogare l'amministratore sopra i fatti che lo riguardano personalmente [lo stesso articolo 336-430]. Sembra sinanco che, prima dell' ordinanza del 1667, questa facoltà degenerasse in abuso, perciocchè le confessioni di un agente imprudente o corrotto potevano compromettere lo stabilimento che lo avea delegato. Si fu per questo che il presidente Lamoignon fece osservare che, nelle comunità religiose, incaricavasi ordinariamente di tale procura il più giovane dei canonici o dei religiosi, che non avevano alcuna conoscenza degli affari. Per ovviare a siffatto inconveniente, venne inserita nella redazione dell' ordinanza, a richiesta del presidente, la restrizione che ritrovasi nel codice di procedura (*ibid.*) *per farne poi quel conto che il tribunale crederà di ragione.*

Oggi si ritiene generalmente che, non producendo l'interrogatorio propriamente detto alcun effetto se non per quanto riguarda personalmente l'amministratore, la corporazione non può essere legata se non dalle risposte scritte provenienti da essa, e che di conseguenza non può andar soggetta ad un vero interrogatorio.

311. Dopo di aver veduto quali siano i punti sui quali può cadere l' interrogatorio, e quali le persone che possono essere interrogate, veggiamo quale sia la procedura tracciata dalla legge in siffatta materia.

312. Si è sempre ritenuto che in questa materia, a differenza di quanto si pratica per la pruova testimoniale, non debbasi preliminarmente discutere l'ammessibilità dei fatti. Se ciò non fosse, non sarebbe più vero il dire che l' interrogatorio ha luogo

(*) Uniformi: Carrè, q. 1224; Merlin, *Rep.*, v. *Interrogatorio sopra fatti e circostanze*, tom. V, pag. 436; Berriat, pagina 315; Dalloz, tom. IX, pag. 571, n. 4 e 5; Chauveau, sopra Carrè, q. 1224; Boncenne, t. IV, pag. 524, distingue tra' fatti personali all'amministrazione del tutore, e quelli concernenti gli autori del suo pupillo: egli ammette l'interrogatorio pei primi, lo nega per gli altri. Pigeau respinge in tutti i casi l' interrogatorio (t. 1, pag. 229).—*Il Traduttore.*

(**) Questa è parimenti l' opinione di Chauveau, sopra Carré, q. 1224; Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pag. 582; Dalloz, tomo IX, pag. 571, n. 2; Boncenne, tomo IV, pag. 524. Nondimeno Carrè, *loc. cit.*, e Pigeau, *ibid.*, insegnano che il minore emancipato può essere interrogato su tutto quello che concerne l'amministrazione dei suoi beni ed il suo commercio, perciocchè egli ha la disposizione di tutto quello che a tali oggetti è riferibile; ma relativamente ai suoi capitali mobili ed ai suoi immobili, essi assimilano il minore emancipato a quello in piena minorità.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

senza ritardare il corso del giudizio e della sentenza [*ibid.*, articolo 324-418]: facendosi conoscere con anticipazione i fatti, l'attore non sarebbe più libero di non lasciare alla parte avversa che sole ventiquattr'ore per preparare le sue risposte [*ibid.*, articolo 329-423], e questo termine di già soverchiamente lungo, come scorgeremo, si troverebbe indefinitamente protratto. Per questa ragione era altravolta sufficiente una semplice ordinanza del presidente, il quale valutava il carattere dei fatti e nominava un giudice commessario.

Secondo l'attuale legge [*ibid.*, articolo 325-419] l' interrogatorio è ordinato, sempre in seguito di una istanza, ma per mezzo di una sentenza profferita all' udienza. Questa innovazione ha indotto in errore talune corti le quali hanno creduto che il legislatore abbia voluto prescrivere una vera sentenza interlocutoria, come in materia di esame testimoniale. Esse, di conseguenza, hanno permesso di discutere l' ammessione dell'istanza e d'impugnare le sentenze profferite all'udienza per la via dell' opposizione o dell' appello (1).

Ma questa opinione, poco conforme all'insieme del codice di procedura, è inoltre formalmente contradetta dall'articolo 79-55 della Tariffa, il quale si esprime in questi termini sull' istanza per avere il permesso di fare interrogare sopra fatti e circostanze: « Questa istanza non sarà « notificata, nè la parte chiamata pri- « ma della sentenza che ammetterà « o rigetterà la domanda dell'interro- « gatorio: essa non sarà notificata « se non unitamente alla sentenza ed « all'ordinanza del giudice commes- « sario, per far subire l' interroga- « torio. »

Il merito dell'istanza non può adunque essere discusso in contradizione, e bisogna riconoscere colla giurisprudenza più recente [2] che in ciò trattasi di una sentenza *sui generis*, che il legislatore medesimo chiama *ordinanza* [codice di procedura articolo 329-423] [*], e che corsponde realmente all' ordinanza che ottenevasi nei tempi andati dal presidente, salva la sostituzione dell'intero tribunale a questo magistrato. Non può adunque esservi nè discussione in contradizione, nè opposizione, nè appello [**]. Solamente, la parte la quale sostenesse che i fatti

(1) Vedi principalmente Tolosa, 5 maggio 1829; Angers, 14 febrajo 1833.

(2) Parigi 11 gennajo 1836 e 18 dicembre 1837; Poitiers, 25 gennajo 1848.

(*) L'articolo 423 delle nostre leggi della procedura nei giudizii civili si avvale della simile espressione: *gli ordini del Tribunale.—Il Traduttore.*

(**) Questa quistione è vivamente controversa. L'opinione di Bonnier è abbracciata da Carrè, q. 1241, e da Dalloz, tomo IX, pag. 576, num 4, ed è stata consagrata dai seguenti arresti: Amiens, 26 luglio 1822 e 8 aprile 1824; Rouen, 29 gennajo 1825 e 7 marzo 1828; Tribunale della Senna (*Corriere dei Tribunali*, del 19 luglio 1828), di Grenoble, 28 febrajo 1831; Parigi, 18 dicembre 1837 (*Journ. du Palais*, anno 1838, tomo 1, pag. 129; Bruxellès, 17 febrajo 1819 e 27 giugno 1823.

L'opinione contraria è insegnata da Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pag. 584; Favard, tomo III, pag. 115, num. 7; Thomine, tomo I, pag. 531 e 532. Questo sistema è stato adottato dai seguenti arresti: Parigi, 28 maggio 1808; Grenoble, 27 febrajo 1812; Lione, 28 gennajo 1824; Parigi, 5 maggio 1825; Grenoble, 3 gennajo 1826; Montpellier, 27 dicembre 1825; Parigi 19 novembre 1829.

Chauveau, sopra Carrè, q. 1241, adotta l'opinione del Bonnier. L'opposizione, egli dice, è un mezzo che la legge dà alla

Digitized by Google

non sono pertinenti, potrebbe a suoi rischi e pericoli ricusare di rispondere; si ritornerebbe dinanzi il tribunale, e l'incidente sarebbe deciso insieme al merito, salvo ad impugnare ogni cosa coi mezzi legali. In materia sommaria, l'interrogatorio dev'essere domandato all'udienza, ma sempre senza discussione.

313. Il giudice commessario indicherà il giorno e l'ora dell'interrogatorio: in caso di legittimo impedimento egli si trasferirà sul luogo dove risiede la parte (*ibid.*, art. 327-421 e 328-422). Ventiquattr'ore almeno prima dell'interrogatorio la domanda e gli ordini del tribunale che lo autorizza e del giudice commessario che dovrà riceverlo saranno notificati alla parte. La domanda comprende necessariamente i fatti sui quali la parte dev'essere interrogata: comunicazione vivamente censurata sin dal 1667 dal presidente Lamoignon, il quale allegò l'uso della Normandia, contrario in questo punto all'uso generale.

« Ordinariamente, dice egli, coloro che sono interrogati consultano il foro più che la coscienza loro, intorno a quello che essi debbono dire; essi arrecano le loro risposte preparate; in guisa che non ad altro riducesi l'interrogatorio loro che a trascrivere talune risposte, redatte già dalla parte stessa in iscritto (1). Non si è giammai veduto che un uomo preparato su quello che egli deve rispondere abbia perduto la causa colla sua medesima bocca. Questa è molto sovente l'occasione di uno spergiuro premeditato, che sarebbe molto miglior consiglio il troncare! Ma per l'opposto, quando una parte viene a rispondere all'interrogatorio senza avere avuto comunicazione dei fatti, è molto difficile, quando questi siano ben formulati, che essa, nel tentare di mascherare la verità, non cada in qualche contradizione. »

La proposizione del presidente non fu adottata: egli però riuscì a fare inserire nell'ordinanza una disposizione addizionale, che trovasi oggi nell'articolo 333-427 del codice di procedura, e per la quale il giudice è facoltato ad interrogare d'officio sopra fatti non comunicati. In tal guisa rendesi agevole l'eludere la necessità di una comunicazione preventiva. L'attore non inserisce nella domanda che dei fatti di niun momento, ed appresta al giudice commessario dei notamenti coll'ajuto dei quali esso dirige d'officio le interrogazioni più interessanti. Però, bisogna confessarlo, questo sistema manca di franchezza (2), ed ha inoltre l'inconveniente di lasciare soverchia latitudine al giudice, il quale può benissimo, per iscrupolo o per altra cagione, negarsi ad interrogare così all'improvviso sopra i punti più gravi. Sarebbe meglio sopprimere questa increscevole disposizione, invece di

parte *contumace* per far cadere una decisione profferita nell'assenza sua; ma quegli contro del quale si è chiesto l'interrogatorio non ha dritto ad essere chiamato; dunque egli non può formare opposizione. Le stesse ragioni militano per l'appello.—*Il Traduttore.*

(1) Il presidente suppone che la parte abbia imparato a memoria le risposte che deve dare, perciocchè sotto l'ordinanza (titolo X, art. 6), come sotto il codice di procedura (art. 233-421), era vietato di leggere alcuna risposta in iscritto.

(2) Esso opponevasi alla natura semplice e legale di Pothier, il quale diceva che ciò non era *nella regola (Procedura civile*, parte 1, capitolo III, art. 8, § 2).

Digitized by Google

procurare in tal guisa di attenuarne indirettamente il vigore.

Quello che rende il sistema del codice di procedura più vizioso ancora, si è che la facoltà di non notificare i fatti che ventiquattr' ore prima è resa illusoria dall'art. 331-425, il quale permette al contumace di presentarsi ulteriormente, purchè ciò sia prima della sentenza diffinitiva, col peso solamente di pagare le spese cagionate dalla sua contumacia. In tal guisa riesce sempre agevole procacciarsi un tempo considerevole, e la legge gode, per così dire, in distruggere essa medesima le scarse guarentigie che questa procedura poteva assicurare all'attore.

314. Un punto non meno degno di censura si è la maniera colla quale procedesi all' interrogatorio. Esso è segreto, e tutti i rimproveri che si fanno alla clandestinità dell'esame testimoniale nel civile, non sono meno fondati per quanto concerne la parte, cui l' assenza della pubblicità non può non incoraggiare a mentire con maggiore arditezza. Inoltre, per inavvertenza forse anzicchè di proposito, nel titolo dell'interrogatorio sopra fatti e circostanze, non si è riprodotta la concessione che era stata fatta in materia di esame testimoniale, l' assistenza delle parti interessate. L'articolo 333-427, non ammettendo la presenza di colui che ha fatto istanza per l'interrogatorio, ha seguito una giurisprudenza viziosa, costante in Parigi, ma respinta in altre luoghi [1], e che Dumonlin, all' occasione di una causa in cui egli era personalmente interessato, aveva censurato con quella celebre espressione: *et in hoc curia paessime judicavit.*

(1) Vedi Merlin, v. *Interrogatorio sopra fatti e circostanze*, § 12.

Il consiglio di Stato, allorquando elaborò i materiali del codice di procedura, fu troppo sovente sotto l'influenza di quel pregiudizio volgare che considera la procedura come una cosa di pura pratica; esso trascurò soverchiamente i lumi che potevano fornirgli l' antica dottrina e sinanco la semplice ragione per abbandonarsi ad una cieca pratica. Per qual motivo adunque il confronto delle parti in causa deve ritenersi meno utile nel civile che nel criminale?

315. Le riforme introdotte in questa materia si limitano a due punti: la dispensa del giuramento, da noi già indicata, e la disposizione dell'articolo 330-424, secondo la quale, se la parte citata non si presenta o ricusa di rispondere, i fatti *potranno aversi per verificati.* Giusta l'ordinanza del 1667, i fatti si aveano necessariamente per verificati. Il presidente Lamoignon aveva vivimente censurato questo rigore il quale, in talune circostanze, degenerebbe in ingiustizia. Su questo secondo punto, come su quanto concerne il giuramento, i redattori del titolo dell'interrogatorio ebbero riguardo alle osservazioni di questo illustre magistrato, al quale sembra che non sia sfuggito alcuno dei vizii dell'antica pratica. Se essi avessero nello stesso modo tenuto conto delle sue saggie riflessioni sopra altri punti, avrebbero stabilito un sistema molto migliore.

316. I vizii del sistema stabilito da questo titolo sono stati energicamente indicati nel rapporto del signor Bellot sulla legge di procedura di Ginevra: « Se mai, dice egli, un legislatore si proponesse il « problema del modo il più sicuro « di non raggiungere la verità, il « codice di procedura francese gliene « appresterebbe la soluzione al titolo

Digitized by Google

« dell'interrogatorio sopra fatti e cir-
« costanze. Per evitare alla parte la
« noja della pubblicità, l' imbarazzo
« di un contradittore, per indebo-
« lire le conseguenze delle sue ter-
« giversazioni e la vergogna del men-
« dacio, per apprestargli i mezzi di
« meditare con tutta riflessione, di
« calcolare le sue risposte, questo
« codice esige che essa sia interro-
« gata in segreto, da un solo giu-
« dice, fuori la presenza dell'avver-
« sario, e che i fatti sui quali l'in-
« terrogatorio è stato domandato,
« gli siano notificati ventiquatr' ore
« prima. È da far meraviglia se con
« misure tanto assurde, i nostri av-
« vocati ed i nostri giudici non ab-
« biano giammai ottenuto alcun ri-
« sultato da simili interrogatorii? »

Questi rimproveri, giusti in sostanza, sono però esagerati. Io non so se a Ginevra gl'interrogatorii siano stati giammai utili; ma è ben certo che in Francia nella giurisprudenza antica e moderna, essi hanno spesso dato nascimento a rivelazioni interessanti. Questi effetti sono stati, egli è vero, prodotti, non pel sistema adottato. ma malgrado questo sistema; ma però è sempre innegabile che l' interrogatorio male organizzato vale meglio che la mancanza assoluta d'interrogatorio.

In Ginevra l' interrogatorio non pubblico non è ammesso se non in caso d'impedimento legittimo della parte che debbesi interrogare; ma in tal caso esso ha luogo in presenza dell' avversario, e senza precedente notificazione dei fatti. Nondimeno il giudice ha facoltà di non ammettere l' assistenza della parte contraria, quando abbia timore che siffatta assistenza possa nuocere alla manifestazione della verità. Richiedere sempre la presenza di lui sarebbe tanto irragionevole, quanto l'escluderlo d'una maniera assoluta. Con queste modificazioni l' interrogatorio dev' essere ammesso come modo speciale. Nei casi ordinarii debbesi preferire la comparsa personale, della quale ci rimane a ragionare.

II. *Comparsa delle parti.*

317. Meno rigorosa qui che per l' amministrazione della pruova testimoniale, in cui la pubblicità è interamente esclusa in materia ordinaria, la legge permette ai giudici che vogliono raccogliere la verità dalla bocca delle parti stesse, di ordinare la comparsa loro all'udienza. I magistrati illuminati prenderanno sempre questo partito, ogni qual volta si tratterà di una di quelle semplici quistioni di fatto, sui quali le spiegazioni orali e contradittorie degl'interessati spargono maggior luce che tutte le produzioni di documenti e tutte le arringhe.

I casi in cui può essere ordinata la comparsa sono quei medesimi in cui può essere ordinato l'interrogatorio. La corte di cassazione ha di conseguenza deciso [rigetto 11 gennajo 1815] che il giudice ha sempre facoltà, quando gli si domanda un interrogatorio, di ordinare a preferenza la comparsa delle parti. La corte di Rennes, in un arresto del 15 agosto 1828, male a proposito censurato da Carrè, dichiarò la comparsa ammessibile, in un caso in cui la pruova testimoniale non avrebbe potuto esserlo. L' opinione contraria tenderebbe a confondere coll'esame testimoniale gli schiarimenti personali forniti dalle parti. E sarebbe parimenti confondere la comparsa colla pruova testimoniale il chiamare all' udienza una persona straniera alla causa. (Poitiers, 18 gennajo 1831).

318. Non v'ha forma tracciata per registrarsi i detti dei comparenti.

Digitized by Google

Non prescrivendo la legge di stendere un processo verbale speciale, esso non entrerebbe nella tassa, e di conseguenza nella pratica non si usa stendersene (1). Bisognerà dunque, nella redazione stessa della sentenza, riprodurre le dichiarazioni che saranno state fatte innanzi al tribunale; altrimenti avverrebbe quello che ebbe luogo innanzi una corte di appello (Amiens, 14 luglio 1828), che sorgerebbe la necessità di ordinare, in appello, una nuova comparsa, per la sola ragione di non avere la prima comparsa delle parti lasciato alcuna traccia.

319. La contumacia della parte chiamata a comparire può facultare il giudice a ritenere per verificati i fatti assunti, come in materia d'interrogatorio (codice di procedura articolo 330-424)?

In tesi generale deve ammettersi l'applicazione di una disposizione facoltativa (rigetto del 15 febrajo 1812; Rennes, 15 agosto 1828). Tuttavia la mancanza della comparsa non ha qui lo stesso grado di gravità; ignorando sovente la parte i punti sui quali la si vuole interrogare, la confessione tacita che risulta dall'essersi egli astenuto, può non avere più la stessa precisione, ed i giudici debbono essere molto più circospetti, quando trattisi di profferire una condanna poggiata su questo solo motivo. Nella specie giudicata dalla corte di Rennes, la domanda sulla quale doveva l'interrogatorio versarsi era interamente determinata, ed esistevano delle presunzioni gravi contro la parte che avea ricusato di venire all'udienza.

SECONDA DIVISIONE.

Provocazione della Confessione In materia criminale.

320. Il potere d'interrogare le parti, che non si contrasta al giudice in materia civile, gli è, per l'opposto, positivamente interdetto da taluni sistemi d'istruzione criminale. Nei paesi in cui l'accusa è abbandonata alle parti offese, si lasciano l'accusatore e l'accusato dibattersi come in campo chiuso: spetta ad essi a provare rispettivamente l'affermativa e la negativa da loro sostenuta; il giudice, impassibile sul seggio suo, sino all'istante in cui profferisce la sentenza, non fa personalmente alcuno sforzo, alcun passo per procurare di scoprire la verità.

Tale erasi in Roma l'antica procedura dei pubblici giudizii (*judicia publica*), sia che essi avessero luogo innanzi i giudici (*judices*) simili ai nostri giurati, sia che si facessero dinanzi l'assemblea popolare. Da una parte e dall'altra eravi arringa, produzione di documenti e di testimonii, ma l'accusato non era dai suoi giudici sottoposto ad interrogatorio. Lo stesso praticavasi in Atene.

Tale si è benanco la tendenza della procedura inglese, che ritrovasi, con poche modificazioni, negli Stati-Uniti (2). Si possono dirigere delle

(1) La comparsa delle parti si è in certo modo introdotta di soppiatto nella redazione del codice di procedura, come si era nei tempi andati insinuata nella pratica. Essa non ha attirato l'attenzione del legislatore, il quale l'ha ammesso, senza darsi il pensiero di bene organizzarla.

(2) La costituzione americana stabilisce in principio (*modificazioni*, art. 5), che « In nessuna causa criminale l'accusato « potrà essere costretto a rendere testimo- « nianza contro se medesimo. »

Digitized by Google

interrogazioni all'accusato nei primi passi dell'istruzione dinanzi ai giudici di pace, per lo meno quando trattasi di *fellonia*, cioè di un misfatto grave, in virtù di due statuti di Filippo e di Maria; ma, apertasi una volta la discussione innanzi le *assise*, non è permesso di dirigere a lui alcuna domanda. Solamente, prima di cominciare l'esame, gli si domanda se egli voglia piatire *guilty or not guilty*, come colpevole o come non colpevole. La confessione fatta volontariamente in tal' epoca rende inutile ogni discussione sul fatto, e si procede immediatamente all'applicazione della pena, che la sincerità dell'accusato rende abitualmente più moderata. Ma se, nel corso del procedimento, gli sfugge una confessione, sebbene non provocata, il presidente, invece di darsi premura a raccoglierla, avverte affettuosamente l'accusato delle conseguenze delle sue parole, e lo impegna in certo modo a ritrattarle, prima di stendersene processo verbale (1). Quando l'accusato ha confessato nel principio della discussione, non si pensa più alla prnova del fatto; questo vien considerato come completamente verificato; il che non ha luogo nei sistemi d'istruzione che poggiano sopra un altro principio. Nello stesso modo in Atene ed in Roma, quando eravi confessione dell'accusato, non eravi più *judicium*; il magistrato applicava immediatamente la pena: *confessus pro judicato est*, dice Paolo (2).

Sembra nonpertanto a primo aspetto contradittorio l'attribuire tanta importanza alla confessione, quando non si fa sforzo alcuno per ottenerla. In ciò scorgesi sempre la conseguenza dello stesso sistema, dell'impassibilità del giudice. Quando l'accusato si confessa vinto, l'accusatore non ha più nulla a fare; ed il giudice, per difendere l'accusato, quando egli stesso abbandona la sua causa, non ha incarico maggiore di quello che avesse per sostenere l'accusatore. Questo sistema applica puramente e semplicemente, in materia penale, quei principii del dritto civile, che spetta all'attore a far la pruova, e che, quando il convenuto confessa, non havvi più luogo a discutere sul fatto.

Procedesi affatto diversamente nel sistema *inquisitorio* in cui l'autorità pubblica indaga d'officio i reati più gravi, invece di abbandonarne la persecuzione alla diligenza dei particolari. Non trattasi più allora di una singolare tenzone tra l'accusa e la difesa, la quale sembra che, nel seno stesso delle istituzioni giudiziarie, riproduca le antiche guerre private. Il potere sociale non si contenta più d'intervenire: esso dirige la procedura.

Questo sistema trae seco due con-

(1) Un prete cattolico dovette la vita nello scorso secolo a questa regola della giurisprudenza inglese, che non autorizza l'interrogatorio. Esso fu accusato d'aver celebrato la messa in Inghilterra: fatto punito allora di morte secondo le leggi esistenti, sebbene l'opinione cominciasse a sollevarsi contro di esse. I testimonii furono intesi, il fatto provato, e l'accusatore godeva già del suo trionfo; ma con grande sorpresa di lui e con sodisfazione generale del pubblico, l'accusato fu assoluto, perciocchè si era provato che egli avea detto la messa, ma non si era provato che egli fosse prete, il che non avrebbe potuto sapersi senza interrogarlo. Vedesi bene nondimeno che bisogna supporre delle leggi atroci perchè possa desiderarsi un simile risultato. Sotto l'impero di leggi giuste, quello che fu allora un trionfo per l'umanità diventa un deplorabile scandalo.

(2) Legge I, dig. *de confessis*.

Digitized by Google

seguenze diametralmente opposte a quello che avveniva nel primo sistema. Da un canto il giudice, il di cui ministero non è più semplicemente passivo, si sforza d'ottenere la confessione, che è in generale la miglior pruova della colpabilità; ma da un altro canto, la condanna non è necessaria, per la sola ragione che siavi confessione. Essendo lo scopo proposto, non già quello di statuire sopra pretese opposte, ma di giungere alla verità prima di condannare, debbesi esaminare se le circostanze che possono altronde conoscersi rendano verosimile la confessione.

321. La tendenza inquisitoria cominciò a manifestarsi in Atene quando si stabilì un magistrato permanente incaricato di statuire sui reati più gravi, il tribunale dell'Areopago. « Questo augusto tribunale, dice « Eschilo nel suo discorso contro « Timarco, fonda la sua opinione, « non sull'eloquenza delle parti o « sulle dichiarazioni dei testimonii, « ma sulle sue personali investiga- « zioni, e sulle sue conoscenze ante- « riori. » E in generale, pei reati politici e religiosi, eravi un' istruzione preparatoria: era permesso d'interrogare gli accusati e di confrontarli, sia tra di loro, sia coi testimoni della causa.

In Roma s' introdusse nella giurisprudenza lo stesso spirito, quando i magistrati cominciarono essi stessi a conoscere delle accuse che prima erano rimesse dinanzi al popolo o dinanzi li *judices*. Marciano c'insegna (1) che, sin dai tempi di Antonino Pio, eranvi degli ufficiali speciali, chiamati *irenarchae* (2), pei quali un editto di questo imperatore prescrive « ut, cum apprehenderint « latrones, interrogent eos de sociis « et receptatoribus, et interrogatio- « nes cum literis inclusas atque ob- « signatas ad cognitionem magistra- « tus mittant. » Lo stesso testo chiama *quaestio seu inquisitio* la procedura diretta dal magistrato. Noi veggiamo che l'interrogatorio ebbe una gran parte nei procedimenti che precessero il martirio dei cristiani, e sinanco nella passione di Gesù Cristo, giusta la relazione fattacene dagli evangelisti [3]. L'esistenza di procedimenti d'officio, accanto alle accuse private, trovasi chiaramente dimostrata da quelle parole dirette da Trajano a Plinio Iuniore, nella sua famosa lettera relativa ai cristiani [4]: *conquirendi non sunt; si deferantur, et arguantur, puniendi sunt.*

Quando il cristianesimo uscì vincitore dalle persecuzioni, esercitò a sua volta una possente influenza sulla legislazione criminale, e non fece se non ribadire questa tendenza alla provocazione della confessione, poichè la confessione fu elevata dalla Chiesa alla dignità di sagramento. Si raddoppiarono gli sforzi per ottenere una dichiarazione sincera, che era ad un tempo una pruova grave pel giudice, e l'adempimento di un'obbligazione di coscienza per l'accusato. Talvolta ancora, sotto l'influenza di questa idea, il Sant' Uffizio, i di cui rigori hanno reso infame il nome *d'inquisizione*, perdonò alla confessione accompagnata dal pen-

(1) Leggc 6, §1, dig. *de custodia reorum.*

(2) Cioè, dei guardiani della pace (εἰρήνην ἄρχοντας). Vedesi da ciò che la denominazione di *giudice di pace* non è tanto moderna quanto si crede generalmente. Gli *irenarchae* si avvicinano ai giudici di pace d'Inghilterra.

(3) « Ecce ego coram vobis interrogans, dice Pilato (san Luca, cap. XXIII, vers. 14), nullam causam inveni in homine isto, in his in quibus eum accusatis. »

(4) Pratica giudiziaria, libro III, cap. 14.

Digitized by Google

timento: indulgenza della quale ritrovansi scarsi esempii nelle giurisdizioni secolari.

Sebbene non si spingessero tanto oltre quanto le corti ecclesiastiche, i tribunali dell'Europa continentale attribuirono un gran valore alla condanna dell'accusato colla sua propria bocca. Sventuratamente il desiderio di ottenere la confessione, lodevole in se stesso, fu spinto sino al fanatismo, e la tortura, questo deplorabile retaggio lasciato dall'antichità alla giurisprudenza del medio evo, fu da questa accettato con soverchia premura.

In Atene ed in Roma, questo modo d' istruzione non applicavasi se non eccezionalmente agli uomini liberi, ed il dritto canonico ammetteva parimenti delle distinzioni. La pratica francese stabilì l'eguaglianza di tutti gli accusati innanzi alla tortura. « Secondo il dritto civile e canonico, dice Giovanni Imbert (1), « talune persone, per l'eccellenza della dignità loro, non potevano essere « torturate, come i decurioni ed i « preti; ma oggi tutti indistintamente « sono soggetti alla tortura. » A vergogna della nostra civilizzazione, che pretende essere antica, e che, sotto questo rapporto, uscì solamente jeri dalle tenebre della barbarie, questo spaventevole abuso non fu soppresso in Europa che alla fine dello scorso secolo (2).

Questi eccessi hanno cagionato una reazione contro il sistema inquisitorio, il quale non è stato da molti considerato che come un abuso di potere, una vessazione intollerabile. I dubii mossi dai pubblicisti del secolo scorso, sulla forza legale della confessione e sulla legittimità dell' interrogatorio trovano la spiegazione loro nel giusto orrore che inspiravano i mezzi adoperati per istrappare una confessione. In Inghilterra, ove l' opinione pubblica respinge energicamente la tortura, la quale vi era stata messa in uso per alcun tempo sotto il regno di Elisabetta, la stessa reazione contro gli abusi delle giustizie continentali ha stabilito e mantenuto ai nostri giorni il sistema che attribuisce al potere sociale una funzione puramente passiva nella maggior parte delle accuse.

322. Oggi che queste atrocità sono scomparse, almeno in tutti i paesi su cui la civilizzazione europea ha esteso l'impero suo, i migliori pubblicisti riconoscono la superiorità del sistema inquisitorio. Il sistema nel quale il giudice si adopera attivamente per la ricerca della verità, è incontrastabilmente molto superiore a quello in cui egli contentasi di assistere alla lotta delle passioni e degl'interessi opposti. Bentham [3] risponde con successo a Beccaria, il quale pretende che l'interrogatorio sia contrario all' umanità, perchè esso esige da un uomo che egli si renda accusatore di se medesimo.

« Taluni altri vi diranno, dice il « pubblicista inglese, che l'interro- « gatorio personale non è un modo « generoso di procedere: che que-

(1) *Pratica giudiziaria* lib. III, cap. 14.

(2) In Francia, la *questione preparatoria*, che avea per iscopo di supplire all'insufficienza delle pruove, strappando al paziente una confessione di colpabilità, fu abolita da Luigi XVI, li 24 agosto 1780. La *questione preventiva*, alla quale erano abbandonati i condannati a morte, onde far loro rivelare i loro complici, non fu soppressa che da un decreto dell' assemblea costituente del 9 ottobre 1789.

(3) Pruove giudiziarie, libro VII, capo XI.

Digitized by Google

« sto importa aggredire un uomo « nella posizione svantaggiosa. E« gli trovasi in una posizione sven« turata: il giudice dev' essere l'a« mico anzichè l' inimico suo, ed è « lodevole il non prevalersi neanco « di quello che potrebbe in proprio « pregiudizio sfuggirgli. Saremmo « tentati a credere che queste idee « siano state attinte nelle massime « d'onore dei combattimenti singo« lari. È contro le regole incalzare « un avversario che un accidente « ha messo fuori stato di resistere; « è contro le regole battere l'inimico « a terra: bisogna dargli un' altra « lancia, e permettergli di rialzar« si . . . Il giudice più sensibile ed « umano non dev'essere nè l'amico « nè l'inimico dell'imputato: egli è so« lamente l'amico della verità e delle « leggi. Egli non cerca nè un in« nocente, nè un colpevole; egli « vuole trovare quello che è. » Queste ultime parole definiscono bene la vera natura del sistema inquisitorio.

Ma, senza parlare della tortura, della quale oggi non può essere più quistione, havvi, nell' applicazione di questo sistema, un eccesso che interessa evitare. Il sistema inquisitorio, quale esso vien praticato nel dritto comune tedesco, poco difforme dall'antica nostra giurisprudenza, suppone l' azione esclusiva ed isolata del giudice, senza alcuna discussione pubblica. Egli è vero che il calore della discussione ha talvolta recato nocumento alla manifestazione della verità, e che sonosi veduti grandi colpevoli sottratti al patibolo per l' eloquenza degli avvocati: ma, volendo sopprimere le passioni, si sopprime nel tempo stesso il movimento della vita, e, per volere ottenere troppo direttamente lo scopo, lo si perde di mira, poichè si abbandonano volontariamente taluni mezzi che possono servire alla manifestazione della verità. Un tribunale il quale, come faceva spesso l' Areopago in Atene, siedesse di notte, il che è l'ideale del sistema, involandosi in tal modo a qualsivoglia personale impressione, mutilerebbe l'istruzione giudiziaria, sotto pretesto di depurarla (1) È superfluo aggiungere una considerazione, che certo non isfugge ad alcuno, l' utilità della pubblicità come garantia contro le vessazioni e contro le condanne precipitate.

Il nostro codice d'istruzione criminale, nel conservare il principio inquisitorio in quello che esso ha di giusto e di salutare, ne ha saputo evitare gli eccessi. Al pari dell'antica giurisprudenza e del dritto comune tedesco, esso ammette una istruzione preparatoria, condotta segretamente dal giudice; ma prende in prestito dal sistema di accusa di Roma e dell' Inghilterra la pubblicità della discussione definitiva; affidando però in essa l'accusa ad un ministero pubblico, e facendovi dominare l' intervento attivo del magistrato, che è l' anima del sistema inquisitorio.

Questa felice combinazione concilia la protezione che è dovuta all'interesse sociale colle guarentigie reclamate dalla sicurezza individuale. Essendo sempre chiamato il giudice a sostenere una parte attiva

(1) La sala in cui sedevano gl'*inquisitori di Stato*, che mi fu mostrata in Venezia nel palazzo ducale, è disposta in modo che i giudici non possano vedere l'accusato. È questa la procedura segreta spinta all'ultimo punto di perfezione. Questa sala avventurosamente non è altro oggi che una rimembranza storica, al pari dei *piombi* e dei *pozzi* di Venezia.

Digitized by Google

nella causa, l'interrogatorio è sempre ammesso presso di noi. Al pari dell'esame dei testimonii, esso ha luogo, dapprima in segreto, indi in pubblico. Seguendolo nelle sue diverse fasi, noi ci atterremo semplicemente alla procedura stabilita nelle materie d'alto criminale, perocchè nelle materie di polizia correzionale e di semplice polizia l'interrogatorio non offre alcun carattere particolare.

§ 1. *Interrogatorio nel corso della istruzione preparatoria.*

323. Per le leggi del codice d'istruzione criminale, che sotto questo rapporto è stato fedele alle tradizioni dell'antica giurisprudenza, spetta al giudice d'istruzione interrogare l'imputato. Il procuratore della repubblica, di cui le ordinarie funzioni consistono in attivare i procedimenti per mezzo delle sue requisitorie, ma non in dirigerli, non deve procedere all'interrogatorio che in casi eccezionali (codice d'istruzione criminale articolo 40). Ed anco nei casi in cui questo magistrato è chiamato a fare, o personalmente o per organo dei suoi uffiziali di polizia ausiliaria, i primi atti dell'istruzione, questi atti debbono sempre essere trasmessi al giudice, il quale può, se lo stima convenevole, rifarli (*ibid.*, articolo 60).

324. L'ordinanza del 1539, articolo 146, prescriveva che gli accusati fossero stati « bene e diligentemente interrogati . . . per trovare la verità dei misfatti, delitti ed eccessi, per bocca degli accusati, se ciò è possibile. » E di vero, essendo lo scopo finale quello di scoprire la verità, questa misura è richiesta tanto nell'interesse della giustificazione degl'innoccenti, che in quello della scoverta dei colpevoli. « Si è « principalmente nell'interrogatorio, « diceva il presidente Lamoignon « nelle conferenze sull'ordinanza del « 1670, che l'accusato può mettere « in opera i mezzi naturali della sua « difesa, o che il giudice, colla pru« denza ed autorità sua, può cono« scere la verità e scoprire le dis« simulazioni di un delinquente. »

Per siffatta ragione l'ordinanza del 1670 (1) richiedeva che gl'imputati per misfatti fossero interrogati entro le ventiquattr'ore. Questa regola, sovente violata nei tempi andati, non è neanco attualmente esattamente osservata nella circostanza in cui essa è riprodotta presso di noi, cioè quando havvi mandato di deposito, mandato che il giudice d'istruzione deve spedire, tanto se trattasi di misfatto, quanto se l'imputato non ha domicilio. Nei casi meno gravi, nei quali il giudice spedisce solamente mandato di comparsa, siccome egli non ha alcun dritto a ritenere colui che egli ha fatto venire dinanzi a se, l'interrogatorio deve farsi immediatamente [codice d'istruzione criminale articolo 93] [*].

Del resto, sebbene l'interrogatorio non sia espressamente prescritto dalla legge a pena di nullità, esso è considerato come una forma so-

(1) Titolo XIV, articolo I.

(*) Gli articoli 105 e 107 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali prescrivono che l'imputato, tanto se trattisi di misfatti, che di delitti portanti a pena di prigionia, subito che è stato arrestato in virtù di un mandato di deposito, sia interrogato. Nei delitti non portanti a pena di prigionia, e nelle contravvenzioni, potendosi solamente spedire dal giudice un mandato di comparsa, lo imputato sarà interrogato subito che comparisce.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

stanziale della procedura [*ibid.*, articolo 103], ed una istruzione non può essere chiusa senza che l'imputato sia stato, per mezzo di un mandato, messo in mora di spiegarsi su' fatti a lui addebitati [1].

325. Malgrado l'importanza che le nostre leggi moderne hanno attribuito all'interrogatorio preventivo, esse hanno trascurato di tracciarne le regole; da ciò la necessità di riportarci, su questa materia, al titolo XIV dell'ordinanza del 1670, in quelle parti in cui le disposizioni di questo titolo sono compatibili coll'attuale organizzazione della giustizia, e che non sono state abrogate dal decreto del 9 ottobre 1789, che consagrò talune riforme relativamente all'interrogatorio. Gettiamo uno sguardo sopra quelle disposizioni che tra queste offrono maggiore interesse.

326. Il giudice era tenuto ad eseguire in persona l'interrogatorio, il quale non poteva mai esser fatto dal cancelliere [2]. L'ordinanza profferiva la nullità dell'interrogatorio fatto dal cancelliere, ed un'ammenda di cinquecento lire, tanto contro il cancelliere che contro il giudice. La prima di queste sanzioni è la sola che possa oggi applicarsi.

L'interrogatorio doveva aver luogo nella sede della giustizia, e non nella casa del giudice (3). Lo stesso deve anche attualmente praticarsi. L'articolo 1040-1116 del codice di procedura prescrive che tutti gli atti e processi verbali dipendenti dal ministero del giudice siano fatti nel luogo ove risiede il tribunale. Havvi identità di ragioni nelle materie criminali.

327. Gl'imputati debbono essere interrogati separatamente, senza la assistenza di altra persona all'infuori del giudice e del cancelliere (4). La pratica à costante in questo senso. L'assemblea costituente, nel decretare la pubblicità della discussione nel criminale, riconobbe formalmente l'utilità di conservare il segreto dell'istruzione preparatoria. L'imputato, salvo un permesso straordinario del giudice d'istruzione, non è autorizzato a comunicare con alcun difensore, se non dopo il suo trasferimento nella casa di giustizia del luogo nel quale risiede la corte di assise [codice d'istruzione criminale articolo 294-302] (*). Lo stesso pubblico ministero non dev'esser presente all'interrogatorio [**]. Siccome l'imputato non ha difensore, così debbesi parimenti escludere l'organo dell'accusa. Se, di conseguenza, l'articolo 94 del codice d'istruzione dice che il giudice spedisce il mandato di arresto, dopo avere inteso

(1) Vedi cassazione, 6 novembre 1834; 12 febrajo 1835; 4 novembre 1839 e 16 novembre 1849.

(2) Ordinanza del 1670, titolo XIV, articolo 2. Già l'articolo 144 dell'ordinanza del 1539 avea prescritto ai giudici di procedere in persona agl'interrogatorii, ed agli atti di affronto. Ma, sino all'ordinanza del 1670, l'informazione poteva essere delegata ad un cancelliere, ad un notajo o ad un sergente.

(3) *Ibidem*, articolo 14.

(4) *Ibid.*, articolo 6.

(*) Il nostro articolo 169 della procedura penale non dà all'imputato il permesso di conferire col suo difensore se non dopo la sottoposizione ad accusa.— *Il Traduttore.*

(**) L'interrogatorio che ha luogo innanzi la gran corte, e che deve eseguirsi con un numero dispari di votanti non maggiore di cinque, nè minore di tre, prima del giudizio di sottoposizione ad accusa, e dopo che il pubblico ministero ha fatto la sua requisitoria sulla sottoposizione medesima, si fa alla presenza di questo funzionario. Vedi l'articolo 131 delle leggi della procedura nei giudizii penali. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

gli accusati, ed *inteso il procuratore del re*, questo non deve intendersi nel senso che gl' imputati debbano sentirsi contemporaneamente al ministero pubblico, ma bensì nel senso che i due atti debbono succedersi: prima l'interrogatorio, poscia la requisitoria del pubblico ministero pel mandato d'arresto.

328. Si applicherà parimenti la disposizione dell'ordinanza (1), che prescriveva di dare un interprete agli stranieri che non intendevano la lingua francese [*], e quella che ordinava di leggere e di far sottoscrivere all' imputato l' interrogatorio suo [2], come prescrivesi espressamente dalla legge pei testimonii (codice d'istruzione criminale articolo 76).

Ma non avviene lo stesso del giuramento, che esigevasi prima dell' interrogatorio (3). Questa odiosa disposizione era stata attinta ad una sorgente degna di lei, ad un *direttorio degl'inquisitori*, pubblicato nel 1360. Censurata dagl'ingegni più elevati, nel XVI secolo dal famoso criminalista Giulio Claro, uno dei primi dignitarii del senato di Milano sotto Filippo II [4]; nel secolo XVII dal presidente Lamoignon, i di cui sviluppi sull' assunto somministrati quando si redasse l'ordinanza, non lasciano cosa alcuna a desiderare; finalmente nel secolo XVIII, dai numerosi pubblicisti che oppugnaron di fronte gli abusi della nostra vecchia procedura, essa venne finalmente abolita dall' articolo 12 del decreto del 9 ottobre 1789. Qui la nostra legislazione criminale è in armonia perfetta colla legislazione civile, la quale, come scorgemmo, ha soppresso del pari il giuramento che precedeva altravolta l'interrogatorio sopra fatti e circostanze [**].

329. Oggi, come lo era sotto l'impero dell'ordinanza [5], l'interrogatorio può essere reiterato. È anzi generalmente utile procedersi ad un interrogatorio finale prima di chiudersi l'istruzione. Non può non applaudirsi quanto dicesi in proposito in una circolare del procuratore generale d'Orléans, del 21 marzo 1836.

« Io ho rilevato nei procedimenti « criminali, che i signori giudici d'i- « struzione si contentano sovente di « sottoporre l' imputato ad un solo « interrogatorio, il quale ha luogo « immediatamente dopo l'arresto, val « quanto dire, nella maggior parte « dei casi, all'apertura dello stesso « procedimento. Questo interroga- « torio non può di certo essere suf- « ficiente, perciocchè non è possi- « bile, in quei primi istanti, mettere « l' imputato in mora di spiegarsi « sull'insieme del carico, il quale or- « dinariamente non è raccolto, al- « meno in un modo perfettamente « regolare, che dopo essersi in pro- « seguo ascoltati i testimonii. È quindi « rilevante che, indipendentemente « da questo primo interrogatorio e

(1) Lo stesso titolo, articolo 11.

(*) Questo è testualmente prescritto dall'articolo 221 delle nostre leggi della procedura nei giudizii penali, il quale, sebbene sia collocato nel capitolo III del libro II, titolo II, concernente le regole della pubblica discussione, pure, per identità di principii, deve applicarsi agl'interrogatorii dell' imputato, che hanno luogo prima dell'apertura della pubblica discussione.—*Il Traduttore.*

(2) *Ibidem*, articolo 13.

(3) Ordinanza, *ibid.*, articolo 7.

(4) « Mihi certe haec practica numquam « placuit, quia est manifesta occasio per- « jurii. »

(**) L'articolo 238 della procedura penale del nostro regno prescrive che in niun caso l'imputato dovrà prestar giuramento sul suo detto.—*Il Traduttore.*

(5) Ordinanza, *ibid.*, articolo 15.

Digitized by Google

« da quelli che possono essere sem-
« brati necessarii nel corso dei pro-
« cedimenti, l'imputato sia sottopo-
« sto ad un *interrogatorio finale*,
« quando l' istruzione è completa-
« mente terminata. In quest' ultimo
« interrogatorio, i magistrati pos-
« sono facilmente interpellare l'ac-
« cusato sulla totalità delle imputa-
» zioni, e metterlo in mora di giu-
« stificarsi sopra ciascuna di esse,
« tanto col mezzo delle sue diluci-
« dazioni, che per l' indicazione di
« nuovi testimonii. Mercè una tale
« precauzione, i magistrati della ca-
« mera del consiglio e della camera
« dell'accusa saranno certi di avere
« sotto gli occhi un sistema completo
« di difesa accanto al sistema di ac-
« cusa; e potranno in tal guisa, ma
« in tal guisa soltanto, decidere con
« sufficiente cognizione di causa [*]. »

Quando procedesi in tal guisa ad un nuovo interrogatorio, si domanda se debba darsi lettura degl'interrogatorii precedenti. Autorizzare, in tesi generale, gl'imputati a reclamare questa lettura, sarebbe un agevolar loro i mezzi di tradire la verità, facendoli mettere in guardia contro le variazioni o contradizioni che avrebbero potuto sfuggire dalla bocca loro. Solamente, il giudice d'istruzione, quando abbia credito alla buona fede dell' imputato, può rileggergli in tutto o in parte le sue prime dichiarazioni, onde metterlo in istato di apprestare schiarimenti sulle contradizioni le quali siano semplicemente apparenti.

330. Finalmente, oltre l'interrogatorio o gl'interrogatorii subiti innanzi al giudice d' istruzione, quegli contro del quale sia stata profferita una decizione di sottoposizione ad accusa, deve di nuovo essere segretamente interrogato, ventiquattr'ore dopo l'arrivo di lui nella casa di giustizia del luogo in cui deve discutersi la causa [codice d' istruzione criminale articolo 293]. È questa una formalità sostanziale il di cui adempimento dev' essere regolarmente stabilito a pena di nullità [1]. Ma l'osservanza del termine di ventiquattr'ore, al pari di quella di molti termini simili nelle leggi nostre, non ha altra sanzione che lo zelo e la coscienza dei magistrati [2].

Lo scopo principale di questo interrogatorio è d'invitare l' accusato a scegliersi un difensore, e di avvertirlo che egli ha cinque giorni per impugnare la decisione di rinvio profferita dalla camera delle sottoposizioni ad accusa [*ibidem*, articoli 294 e 296]. Non potendosi la discussione incominciare sinchè l'evento di questa decisione rimane incerto, ne viene di conseguenza che tra l'interrogatorio e l'apertura della discussione debba per lo meno esservi un intervallo di cinque giorni. La legge prescrive di stendere un processo verbale, nel quale sarà notato l' adempimento di queste formalità, e le dichiarazioni dell' accusato, se ve ne siano [*ibidem*, articolo 291). Ma avviene ben di rado

(*) Questo voto dell'autore è presso di noi testualmente consagrato dall' articolo 131 della procedura penale, il quale prescrive che l' imputato sia sempre nuovamente interrogato dalla gran corte prima di profferirsi la decisione di sottoposizione ad accusa. Questo nuovo interrogatorio viene distinto col nome di costituto. — *Il Traduttore.*

(1) Vedi cassazione, 30 settembre e 29 dicembre 1847, e 3 gennajo 1850.

(2) Vedi un arresto di rigetto del 16 ottobre 1839.

Digitized by Google

che innanzi al presidente della corte di assise si facciano delle simili dichiarazioni.

§ 2. *Interrogatorio nella pubblica discussione.*

331. Presso di noi è dell'essenza dell'istruzione criminale che l'accusato sia invitato a dare delle spiegazioni verbali; ma non impiegasi alcun mezzo coattivo per obbligarlo a rispondere alle interpellazioni che gli vengono dirette. Il rifiuto di rispondere può essere interpretato sfavorevolmente per l'accusato, ma non dà luogo ad alcuna misura speciale per punire l'ostinazione sua. Noi non conosciamo le *pene di disobbedienza*, cioè i colpi, la carcerazione più rigorosa, o prolungata, che le leggi tedesche pronunziano contro l'accusato che ricusi di rispondere [1]. Svincolato da qualsivoglia coazione, l'interrogatorio all'udienza, il quale non si presta affatto ai medesimi abusi dell' interrogatorio segreto, è favorevole alla difesa non meno che all'accusa.

Poco tempo addietro, dinanzi l'alta corte di Bourges, avendo un accusato sostenuto che l'interrogatorio, principalmente prima dell'esame dei testimonii, è un abuso preso in prestito dall' inquisizione, condannato dalla legislazione inglese, e proscritto dal codice d'istruzione, la corte decise, li 9 marzo 1849, che per la combinazione degli articoli di questo codice « appartiene al presidente « il dritto di domandare agli accu- « sati, prima dell' esame dei testi- « monii, quello che gli sembra ne- « cessario per la manifestazione della « verità. »

Oggi nemmeno si considera più, come sotto l'ordinanza del 1670 [2], colui che ricusa di rispondere dopo tre interpellazioni come *muto volontario*, e come privato di conseguenza della facoltà di ritornare ulteriormente su' punti relativamente ai quali non ha voluto spiegarsi. Il dritto di difesa è con ragione considerato come imprescrittibile, finchè non siasi pronunziata una condanna diffinitiva (*).

332. L' accusato comparisce dinanzi la corte di assise libero [codice d'istruzione criminale, articolo 210-361], per le meno in questo senso che niun legame deve comprimere i suoi membri. La coazione fisica, reagendo sulle sue disposizioni morali, nuocerebbe alla libertà della difesa. Bisogna adunque astenersene, quando essa non sia necessaria, e basta quindi ordinariamente che egli sia accompagnato da guardie per imperdirne la fuga. Nondimeno è stato deciso che il presidente incaricato della polizia dell' udienza ha la facoltà d'impiegare tutti i mezzi di coazione necessarii pel buon ordine e per la sicurezza degli astanti, quand' anche dovesse egli far mettere delle manette all' accusato (3).

333. Prima di cominciarsi la discussione il presidente domanda all' accusato il suo nome, cognome, età, professione, domicilio e luogo della sua nascita (lo stesso articolo

(1) Vedi Mittermayer, traduzione del signor Alexandre, nota in fine del capo XXXVII.

(2) Titolo XVIII, articolo VIII.

(*) L'articolo 224 delle nostre leggi della procedura penale prescrive al presidente di ammonire l'accusato quando questi finga di esser muto o ricusi di rispondere. Se persista nella sua finzione, la gran corte può decidere che non sia egli interrogato in alcun'altra parte del giudizio.—*Il Traduttore.*

(3) Vedi in proposito un arresto di rigetto del 7 ottobre 1830.

Digitized by Google

310-233). Non è questo l' interrogatorio propriamente detto, ma semplicemente un mezzo di assodare l'identità. Il vero interrogatorio, che è la parte essenziale della discussione, non può aver luogo se non dopo l' installazione del giurì, della lettura della decisione di rinvio, e dell'atto di accusa, e della chiamata dei testimonii [*].

334. Se vi sono più accusati, il presidente determinerà coloro che debbono sottoporsi i primi alla discussione, incominciando dal principale accusato, se ve ne sia [*ibid.*, articolo 334]. La determinazione di quest' ordine può, senza dubio, avere una grande influenza sulla direzione della discussione; ma valutare quale sia il principale accusato, importa abbandonarsi ad un esame che è tutto intero di fatto. Come potrebbe la corte di cassazione, senza entrare in un ordine di attribuzioni a lei completamente straniero, annullare la discussione per ragione della decisione emessa dal presidente in proposito? Si è dunque riconosciuto che questa regola, malgrado l' utilità sua, dev'essere interamente abbandonata al potere prudenziale, e sfugge per natura sua financo alla censura della corte di cassazione [1].

Del resto, il presidente, quando teme che la presenza di taluni accusati spieghi una molesta influenza sulle risposte dei loro coaccusati, può ordinare che taluni tra essi siano interrogati separatamente, salvo ad avvertire coloro che saranno stati provvisoriamente allontanati di quello che si è praticato nell' assenza loro. Questa misura non è indicata dalla legge se non all'occasione della deposizione dei testimonii [*ibid.*, articolo 327-254] dai quali può essere necessario isolare gli accusati [numero 261]. Ma la ragione è assolutamente identica per quanto riguarda l'esame separato di ciascun accusato: i coaccusati sono rispettivamente testimonii gli uni in faccia agli altri.

Finalmente l'*affronto* degli accusati tra di loro, non meno che il loro *confronto* coi testimonii, non hanno altra importanza se non in quanto conducono alla manifestazione della verità: e non ammettere delle eccezioni necessarie nell'interesse anche di tale manifestazione, sarebbe un sagrificare il mezzo al fine.

335. Per quanto concerne il modo in cui l'interrogatorio dev'esser diretto, la legge si rimette alla prudenza del magistrato che presiede alla discussione. Essa prescrive semplicemente di mettere sotto gli occhi dell'accusato tutti gli oggetti relativi al reato e che possono contribuire a formare il convincimento, e d'interpellarlo onde dichiarare se li riconosce (*ibid.*, articolo 329-259). La presenza degli oggetti medesimi che servirono al reato, o delle spoglie della vittima, può scuotere la sua coscienza e trar seco una confessione.

Se egli non sa il francese, gli

(*) Presso di noi non si dà luogo nella pubblica discussione ad un interrogatorio propriamente detto; però il presidente, dopo che la parte civile ed il pubblico ministero avranno riassunto e spiegati i loro atti, chiederà all'accusato, se abbia cosa ad osservare in sua discolpa sopra questi atti (articolo 257, leggi della procedura penale). Parimenti l' articolo 238 prescrive che dopo che il cancelliere avrà dato lettura di tutti gl' interrogatorii dell'accusato, si registrino le risposte di costui, sia che ne confermino, modifichino, spieghino o ritrattino il contenuto. — *Il Traduttore.*

(1) Vedi due arresti di rigetto, l' uno del 3 maggio 1834, e l' altro del 4 agosto 1843.

Digitized by Google

si destina un interprete, come si pratica pei testimonii (*ibid.*, articolo 332-221). L' assistenza medesima è necessaria al sordo-muto (*ibid.*, articolo 333 223).

Finalmente, se i testimonii non debbono leggere alcun progetto scritto (*ibid.*, articolo 317), a ragion più forte deve avvenire lo stesso dell'accusato, presso il quale gl'interrogatorii debbono svegliare rimembranze affatto personali. Ma non bisogna confondere colle risposte redatte precedentemente quelle che dà immediatamente per iscritto all' udienza il sordo-muto che sa scrivere [*ibid.*, articolo 333-223], risposte le quali, sebbene non siano verbali, sono però ugualmente spontanee. La legge ha ragione di preferire queste risposte date in iscritto, quando si possono ottenere, al linguaggio per gesti, di cui l'interpretazione può talvolta non essere perfettamente esatta. E nel caso in cui uno straniero sapesse il francese, senza poterlo parlare, noi saremmo disposti ad applicare ugualmente a lui la facoltà di rispondere per iscritto. È rilevante evitare l'uso delle persone intermedie, e mettere l'accusato in rapporto immediato co' suoi giudici.

336. Diciamo una parola sul carattere generale che deve avere l'interrogatorio, tanto segreto, che pubblico. Il giudice che lo dirige deve condurlo con destrezza, onde ottenere insensibilmente una confessione che l'accusato non aveva intenzione di fare, ma che risulta necessariamente dalle circostanze stabilite successivamente contro di lui. Nondimeno questa destrezza non deve degenerare in dolo. Si debbono proscrivere le domande capziose, equivoche, che fanno dire all' accusato l'opposto di quello che egli vorrebbe dire. Non havvi più confessione, quando la dichiarazione fatta dinanzi la giustizia non è più l'espressione libera del pensiero dell'interrogato. Tendere agguati ad un accusato, importa organizzare contro di lui una vera tortura morale.

Talune legislazioni, come la legge penale di Baviera [1], annullano la confessione ottenuta in seguito di domande capziose. Ma questa nullità è di un' applicazione difficile. Qual' è il limite in cui finiscono le domande lecite, e dove cominciano le domande capziose? Il solo rimedio veramente efficace contro questo pericolo si ritrova nella pubblicità dell'interrogatorio, e nell' assistenza di un difensore alla discussione. Qualunque siansi le doglianze che, a dritto o a torto, si dirigono contro la maniera in cui è stato regolato l'interrogatorio dal giudice d'istruzione, egli è certo che le stesse querele non possono elevarsi relativamente alla discussione, in cui tutto si fa alla presenza del pubblico, in cui lasciasi alla difesa tutta la latitudine, ed il convincimento del giurì deve formarsi sulla pubblica discussione.

337. Termineremo facendo osservare che, se la legislazione moderna non ha permesso che la dichiarazione dell' accusato abbia per sanzione il giuramento, debbesi ancor più ritenere per fermo che niuna formalità può colpire chi ha tradito la verità per sottrarsi ad un grave pericolo. Si è per questo che un arresto di annullamento del 22 piovoso anno XI decise che le dichiarazioni mendaci fatte da una persona nella sua propria causa non possono costituire il reato di falsa testimonianza.

Debbesi forse andare più lungi ed autorizzare a tradire il proprio giura-

(1) Articolo 267, num. 4.

Digitized by Google

mento colui che, senza essere attualmente accusato, può compromettersi se rivela la verità?

In favore dell' affermativa, si fa valere la ragione che la falsa testimonianza suppone l' intenzione di recare pregiudizio ad altrui, mentre colui che è veramente parte nella causa, non commette un mendacio che nell'interesse della sua difesa.

Ma la corte di cassazione giudica costantemente [1] che niuna considerazione personale possa dispensare il testimonio dai sagri doveri che impone il giuramento. Questa teoria rigorosa ci sembra esatta, quando siasi prestato giuramento; solamente, appartiene al potere prudenziale di autorizzare con cognizione di causa coloro che trovansi in una simile posizione, a dare semplici rischiaramenti [vedi numero 272], o ad astenersi (2).

Ad ogni modo, l'antica giurisprudenza, secondo ci riferisce Iouste [3], puniva d'una pena meno grave della pena ordinaria del falso, il testimonio che deponeva falsamente in una causa in cui egli aveva interesse, ed oggi il giurì potrà sempre applicare in simile ipotesi il beneficio delle circostanze attenuanti.

SECONDA SPECIE DI CONFESSIONE.

CONFESSIONE TACITA.

Giuramento decisorio.

338. La condotta di una parte può esser tale da racchiudere ricognizione del fatto allegato contro di lei, sebbene non siavi confessione formale da parte sua. In tal guisa in Roma ritenevasi che colui che aveva transatto pecuniariamente colla parte avversa, avesse fatto la confessione di un fatto a lui addebitato: *intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur*, dice Paolo [4]. Tuttavia questa presunzione non applicavasi che alle azioni private ed alle accuse non capitali. Quando l' accusa era capitale, la transazione poteva essere dettata dal timore di una condanna ingiusta. « In capitalibus « criminibus, dice Ulpiano (5), a « principibus decretum est, non no- « cere ei qui adversarium corrupit: « sed in his demum quae paenam « mortis continent: nam ignoscen- « dum censuerunt ei, qui sangui- « nem suum qualiter qualiter re- « demptum voluit. »

Oggi è evidente chi in materia criminale la confessione tacita non potrebbe avere un'efficacia che negasi alla confessione formale. Un tentativo di corruzione in faccia al ministero pubblico o alla parte civile sarebbe solamente un indizio grave contro l'accusato. La valutazione delle circostanze di questa natura è completamente abbandonata al giudice in materia criminale.

Nello stesso modo, l'ostinato silenzio dell' accusato in faccia alle più gravi accuse, può nuocergli, senza dubio, ma non ha contro di lui alcun effetto assoluto. Noi l'abbiamo già detto, i rigori esercitati altravolta contro il *muto volontario*, non esistono più nell'attuale dritto, ed il giudice deve supplire i mezzi di difesa anche di colui che avesse completamente rinunciato a difen-

(1) Vedi un arresto di annullamento del 27 agosto 1824, e due di rigetto del 22 aprile e 23 dicembre 1847.

(2) Vedi un arresto della corte di Bordeaux, del 6 giugno 1851.

(3) Giustizia criminale, tom. III, pagina 434.

(4) Legge 5, dig. *de his qui not.* inf.

(5) Legge 1, dig. *de bon. eor. qui ant. sent.*

Digitized by Google

dersi. Questa teorica è per lo meno inoppugnabile nel sistema inquisitorio, il qnale è prevalso presso di noi relativamente all'istruzione criminale. Nel civile all'incontro, dove la procedura è ordinariamente *requisitoria*, il giudice non è obbligato a difendere la parte che abbandona volontariamente la sua causa, e la legge può benissimo vedere in quest'abbandono una confessione tacita.

339. Talune volte il legislatore lascia al giudice la facoltà di avere i fatti per verificati, per la sola ragione che il convenuto [1] non abbia voluto sottomettersi alla misura da lui richiesta; e noi abbiamo veduto, infatti, che il codice di procedura [articolo 330-424] non si spinge più oltre per quanto concerne l'interrogatorio sopra fatti e circostanze.

Ma in molte altre ipotesi, il rifiuto di contradire le allegazioni dell'avversario è considerato come una confessione, che i giudici non sono liberi d'ammettere o di rigettare. Noi vediamo che avviene in tal modo nelle verificazioni di scritture; lo scritto sulla sincerità del quale il latore non vuole spiegarsi, si ha per riconosciuto [lo stesso codice, articolo 194-288]. Il caso più notevole di tacita confessione è forse quello nascente dal rifiuto di prestare o di riferire il giuramento decisorio. Per siffatta ragione la delazione del giuramento è stata sempre avvicinata all'interrogatorio, col quale ha una grande affinità, perciocchè tende anch'essa, sebbene in un modo più solenne, a rimettere tutto alla coscienza dell'avversario.

340. Però, pria di svolgere la materia del giuramento decisorio, daremo talune nozioni preliminari sul giuramento in generale.

Il giuramento è l'attestazione della Divinità in sostegno di una dichiarazione dell' uomo. Questa testimonianza della credenza dei popoli ad una giustizia suprema si rinviene in tutti i paesi ed in tutti i tempi. Pitagora pretendeva sinanco che il mondo dovesse l'origine sua ad un giuramento che Dio stesso aveva fatto sin dall'eternità, e che la creazione ne fosse l'adempimento [2].

Sventuratamente anche in tutti i tempi si è fatto abuso del giuramento, e l' invocazione della Divinità è divenuta un'arma novella per la frode. Questo addimostra perchè l'evangelo sia tutt'altro che favorevole all'uso del giuramento. « Ego « autem dico vobis non jurare om- « nino . . . sit autem sermo vester: « Est, est: non, non: quod autem « his abudantius est, a malo est [3]. »

Ma questa prescrizione è stata molto male osservata. L' influenza del cristianesimo sulla legislazione romana non fece se non moltiplicarvi i giuramenti: è noto quanto essi siano prodigati nelle costituzioni di Giustiniano, il quale impone alle due parti, non meno che agli avvocati, di prestare giuramento in principio d'ogni lite [4].

341. Secondo che la dichiarazione dell' uomo cade sul passato o sull'avvenire, il giuramento è *afferma-*

(1) Trattasi del convenuto nell'incidente il quale potrebbe benissimo assere l'attore primitivo. Così, quando io mi diriggo contro di voi in forza di un documento, e voi l'attaccate di falso, in questa procedura incidente io spiego la parte di convenuto.

(2) Si vede bene che questa dimostrazione, al pari della maggior parte di quelle che dà la filosofia sul misterioso problema dell'origine del mondo, é più oscura del fatto stesso da dimostrarsi.

(3) S. Matteo, cap. V, vers. 34 e 37.

(4) Giustiniano legge 2, cod. *de jure-jurando propter calumniam.*

Digitized by Google

tivo o *promissorio*. Noi non dovremo occuparci qui che del giuramento affermativo. Se il giuramento promissorio può rientrare nell'argomento nostro, ciò avviene quando esso si lega alla somministrazione della pruova. Così noi abbiamo specialmente indicato[num.86, 222 e 269] quello che prestano i periti ed i testimonii. Quello che noi diremo sulla forma del giuramento affermativo, è direttamente applicabile alla forma del giuramento promissorio. Per quanto concerne il merito, è chiaro che il giuramento promissorio non tende a provare cosa alcuna, ma solamente a contrarre un impegno per l'avvenire, impegno il quale in generale nel dritto nostro non ha importanza se non quando si tratta dell'esercizio di talune funzioni [1].

342. Il giuramento affermativo può essere deferito da una delle parti all'altra, ovvero dal giudice a quella tra le parti che egli reputa più degna di fede. Nel primo caso vien detto *decisorio*, perciocchè la delazione del giuramento basta da se sola a por termine alla lite; nel secondo, vien chiamato *suppletorio*, perciocchè il giuramento deferito dal giudice non fa altro che completare una pruova preesistente.

Per ora noi tratteremo del solo giuramento decisorio, il quale si lega alla confessione, siccome quello che il più sovente (2) deriva dalla parte che ha interesse a negare i fatti in controversia. Noi rannoderemo, per l'opposto, al terzo modo di pruova orale, alla dichiarazione dell'attore, il giuramento suppletorio, il quale ha un carattere affatto speciale, perciocchè esso è di frequente deferito all'attore medesimo, chiamato a rendere testimonianza nel suo proprio interesse.

La delazione del giuramento, a differenza dell'interrogatorio, non è usato che nel civile; quindi i nostri sviluppi su questa parte cadranno esclusivamente sulle materie civili. Noi additeremo solamente in prosieguo la ragione per la quale i popoli moderni hanno respinto in materia criminale il giuramento decisorio.

(1) In Roma, il giuramento promissorio, aggiunto alle convenzioni ordinarie, escludeva la restituzione in intero pei minori di venticinque anni. *Neque perfidiae, neque perjurii auctorem me tibi futurum sperare debuisti*, risponde Alessandro Severo (legge 1, codice *si adv. vend.*), in un caso di questa natura. Pel mezzo del giuramento i liberti si obbligavano a prestare taluni servigi ai loro patroni. Nel medio evo, il giuramento aggiunto alla dichiarazione contenuta in un atto traeva seco la giurisdizione ecclesiastica. Oggi il giuramento promissorio non ha alcun effetto nel dritto privato. Se ne rinviene nondimeno un'applicazione nell' articolo 603-628 del codice civile, il quale obbliga l'usufruttuario, quando gli si rilasciano taluni mobili per uso suo personale, se questi non può fornire una vera cauzione, a dare egli stesso cauzione per se medesimo col suo giuramento *(cauzione giuratoria)*.

(2) Noi diciamo, *il più sovente*. E di vero, sarà quasi sempre l'attore, relativamente all' oggetto principale della lite, o il convenuto, divenuto attore, relativamente ai suoi mezzi di difesa, quegli che stringerà a giurare l' avversario interessato a negare. Tuttavolta il contrario potrebbe avverarsi. Quegli che non fa altro che difendersi potrebbe, per troncare la lite, deferire il giuramento all'attore. Ma ciò avverrà molto di rado, perciocchè sarebbe molto male consigliato chi apprestasse all'avversario un mezzo tanto facile di vittoria.

Digitized by Google

PRIMA SEZIONE.

Uso del giuramento decisorio nel civile.

343. Il giuramento decisorio offerto ed accettato costituisce una vera transazione: *speciem transactionis continet*, dice Paolo [1]. Ma questa specie di transazione si distingue dalle transazioni ordinarie, perchè la parte alle quale io propongo di rimettermi alla sua fede, è obbligata ad accettare l'offerta mia, o a confessare la giustizia delle mie pretese. Noi parleremo successivamente della delazione del giuramento, del modo di prestazione del giuramento, e dell'effetto del giuramento prestato; finalmente tratteremo della confessione tacita che trae seco il rifiuto di prestarlo o di riferirlo.

§ 1. *Dilazione del giuramento.*

344. Il giuramento, al pari dell' interrogatorio, non si presta per nulla all'arbitrio ed alla frode, dalla parte di colui che ad esso ricorre, poichè egli si dirige allo stesso convenuto, chiamato a decidere nella sua propria causa. Di conseguenza il codice civile (articolo 1358-1312) prescrive che il giuramento decisorio possa essere deferito *sopra qualsivoglia specie di controversia*, cioè in materia reale o personale, e qualunque siasi il valore della lite (*ibidem*, articolo 1358-1312, 1360-1314): aggiungiamo, come in materia d'interrogatorio sopra fatti e circostanze (numero 308), quand'anche i fatti fossero di natura tale da nuocere a colui che ne facesse la confessione (*).

Ma la disposizione dell'articolo 1358-1312 non è assoluta; altrimenti essa distruggerebbe tutta l'economia del nostro dritto. Così, quegli che ha in suo favore una pruova legale, qual' è quella nascente da un atto autentico, non potrebbe essere costretto a giurare che la sua pretesa è fondata; salvo all' avversario ad iscriversi in falso, ed a deferire il giuramento in tale procedura, se lo stima conveniente (**).

Parimenti, la facoltà di deferire il giuramento non potrebbe estendersi alle materie elettorali, che sono regolate da norme affatto speciali. Questo è stato deciso dalla corte di Nancy, li 21 giugno 1830, nel sistema del censo elettorale, relativamente alle controversie sulla proprietà reale degl'immobili attribuiti dall'amministrazione ad un elettore; e lo stesso dovrebbe anche oggi decidersi relativamente alla pruova del domicilio elettorale, in un sistema il quale non richiede che delle condizioni di età e di domicilio.

In un altro ordine d'idee, la corte

(1) Legge 2, dig. *de jurejur.*

(*) Taluni interpreti del dritto romano hanno sostenuto che il giuramento non debba essere deferito allorchè si versi sopra fatti vergognosi per colui al quale è deferito. *Non cogendum est quemquam jurare super positione turpi vel famosa*, dice Fabro (libro IV, tit. IV). Vedi ancora Rebouffe, tit. 3, *de responsionibus per cred.*, art. 51, glos. 1, num. 4; Bornier sull'ordinanza del 1667, tit. IX, articolo 1, e Voet titolo *de interrogationibus in jure faciendis*. La giurisprudenza però si è pronunziata nel senso dell'opinione emessa dal Bonnier. V. Torino, 13 aprile 1808; Bruxelles, 1 febrajo 1809; Pau, 3 settembre 1829. V. parimenti in questo senso Zachariae, § 753, num. 1, 3; e Cadrès, *Figli naturali*, num. 49, nota 1.—*Il Traduttore.*

(**) Unif.: Toullier, tomo VIII, numero 148; Duranton, tomo XIII, num. 80 e 81; Zachariae, § 753, num. 3, cassazione, 2 giugno 1834.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

di cassazione, con rigetto del 1 maggio 1849, non permise ad un patrocinatore di deferire il giuramento al suo cliente sulle spese da costui dovutegli, per mancanza di produzione del registro che i patrocinatori debbono tenere e presentare alla giustizia [1]. Quello che è anche meno dubbioso si è, che nelle materie in cui la confessione non fa pruova, come nelle quistioni di separazione tra' conjugi [codice di procedura articolo 870-748], è permesso di far dipendere l' esito della lite da una prestazione di giuramento [2] (*).

Ma debbesi ritenere lo stesso nelle quistioni di stato propriamente dette, per quanto concerne la filiazione?

La legge non vieta, egli è vero, espressamente la transazione in queste materie, come essa le proibisce in quelle concernenti lo stato degli sposi. Ma, legandosi alla filiazione interessi non meno gravi, è interessante che la verità sia messa in luce, ed è con ragione che la giurisprudenza ha deciso (3), che non si può transigere su' richiami di tal natura, i quali sono dalla legge dichiarati non suscettivi di compromesso (codice di procedura articolo 1004-1080); e sinanco imprescrittibili (codice civile articolo 328-250). Di conseguenza il giuramento decisorio non può essere deferito sulla paternità, e neanco sulla maternità, sebbene la corte di Rennes a 16 dicembre 1836, abbia, su quest'ultimo punto, ammesso l'affermativa. La specie era nonpertanto molto sfavorevole, poichè trattavasi di deferire il giuramento ad una donzella, onde sapere da lei se essa fosse madre di un dato figlio naturale. Costringerla in tal guisa a giurare, senza avere contro di lei alcun principio di pruova per iscritto, importava violare l'articolo 341-264, il quale non permette d'attaccare così bruscamente l' onore di una donzella o di una vedova. Il ricorso contro l' arresto venne ammesso dalla camera dei ricorsi; ma l'attrice in cassazione, fatigata dalle lentezze giudiziarie, finì la lite prestando il giuramento richiesto da lei. Tuttavia non è permesso di credere, giusta lo spirito della giurisprudenza della corte di cassazione, che un arresto così scandaloso sarebbe stato impunemente deferito alla camera civile (**).

Finalmente non è sempre possibile deferire il giuramento per distruggere una presunzione legale. Quando tratteremo di tali presunzioni, esaminaremo la quistione delicata che si eleva sull'ammessibilità

(1) Vedi la tariffa del 16 febrajo 1807, articolo 151.

(2) Vedi un arresto della corte di Grenoble del 19 luglio 1838.

(*) Unif. Toullier, tomo X, num. 378; Merlin, *Repert.* v. *Giuramento*, § 2, articolo 2, num. 6; Duranton, tomo XIII, num. 574; Zachariae, § 753 emette un'opinione contraria, se trattisi di quistione di separazione personale; adotta nondimeno l'opione di Bonnier, quando trattisi di provare fatti di riconciliazione.—*Il Traduttore.*

(3) Vedi due arresti di annullamento del 12 giugno 1838 e del 27 febrajo 1839.

(**) Questa è parimenti l'opinione di Zachariae. § 753, num. 3. Cadrés emette un'opinione contraria; egli ritiene che la delazione del giuramento in questa materia presenti il doppio vantaggio che la donna che si vuole far dichiarare madre del fanciullo non può dolersi di essere stata presa per giudice nella propria causa, e che ne risulta minore scandalo che quando si ricorre a tutt' altro mezzo di pruova. Vedi Cadrès, *Figli naturali*, numero 49.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

della confessione o del giuramento, per distruggere tali presunzioni (codice civile articolo 1352-1306).

345. La legge stessa consagra una importante eccezione al principio che il giuramento può essere deferito sopra ogni specie di controversia. Questa delazione, al pari dell'interrogatorio, è un appello alla coscienza della parte alla quale è diretta. Or, un tale appello, non può intendersi seriamente fatto se non quando trattisi di un fatto personale a questa parte, (*ibid.*, articolo 1359-1313). Per questa ragione dicevasi in Roma [1]: Heredi ejus « cum quo contractum est, jusjuran- « dum deferri non potest; quoniam « contractum ignorare potest. » Solamente si può deferire agli eredi il giuramento di credibilità, cioè domandar loro di giurare che non hanno alcuna conoscenza di un dato fatto dell'autore loro. Così quando essi invocano una prescrizione breve, il creditore può esigere da essi una dichiarazione giurata, la quale cada, non sull' origine del debito, fatto che non è ad essi personale, ma sul punto di sapersi se essi sappiano o no il debito contratto dall' autore loro [codice civile articolo 2276-2181] (*).

Ma per un fatto personale non potrebbe bastare un giuramento di credibilità; non già perchè non possa avvenire di dimenticare i fatti nei quali noi siamo stati personalmente attori; ma una simile dimenticanza è poco probabile, quando trattisi di circostanze importanti, che hanno dovuto fissare l' attenzione nostra. Di conseguenza si deciderebbe presso di noi, quello che la corte di Bruxelles decise a 22 aprile 1819, che havvi insufficienza nel giuramento di un fabbricante di birra il quale afferma che egli *ignora d'aver distillato* in opposizione ai regolamenti.

346. Del resto, quando il codice civile dice, che il giuramento *può* essere deferito, esso intende attribuire questa facoltà non ai giudici, ma alle parti. Molto male a proposito quindi un arresto di rigetto del 23 aprile 1829 [2], riconobbe nei tribunali un potere assoluto per autorizzare o ricusare questa delazione. Si è sempre scorto nel giudizio decisorio un espediente estremo, che dev'essere accordato all'attore sfornito d' ogni altra pruova, quando alcun testo o alcuna regola di dritto non vi si opponga. Non havvi alcuna buona ragione per privarlo arbitrariamente di questo espediente; è egli, finalmente il miglior giudice di quello che il di lui interesse richiede [3]. Ma si ebbe

(1) Paolo, sent. II, tit. 1, § 4.

(*) La stessa opinione è sostenuta da Pothier, *Trattato delle Obbligazioni*, numero 913; Toullier, tomo X, num. 372; Duranton, tomo XIII, num. 380; Zachariae, § 753. num. 1, 3, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, *ibidem*, nota 14. Questa teorica è poggiata sopra il rapporto di Favard al Tribunato; vedi Locrè, *Legislazione*, tomo XII, num. 39. Vedi nondimeno in senso contrario Rauter, *Corso di procedura civile*, § 134.

Il giuramento di credibilità è prescritto anche dall'articolo 195 del codice di commercio, ove è detto che in caso di prescrizione delle azioni relative alle lettere di cambio ed a' biglietti ad ordine, le vedove e gli eredi dei pretesi debitori o gli aventi causa da loro saranno in obbligo di affermare con giuramento, ove ne siano richiesti, che credono di buona fede nulla essere da loro dovuto.—*Il Traduttore.*

(2) Vedi anche un arresto della corte di Limoges del 10 maggio 1845.

(3) Taluni arresti (rigetto del 12 novembre 1838) hanno procurato di evitare la difficoltà, trasformando il giuramento decisorio in giuramento suppletorio, in taluni casi nei quali la delazione del giuramento aveva avuto luogo soltanto sus-

Digitized by Google

ben ragione di negare l'autorizzazione del giuramento in una specie nella quale i fatti su' quali lo si voleva deferire non erano concludenti [1]. Quando si parla di *qualsivoglia specie di controversia*, s'intende qualunque contesa capace di condurre ad un risultamento materiale (*).

347. La delazione del giuramento non produce effetti legali in faccia all' avversario se non quando avviene in giudizio. Niuno è costretto ad acconsentire ad una transazione stragiudiziale; e questo è vero, anche quando le parti si trovano innanzi al giudice di pace sedente in ufficio di conciliazione. Egli è vero che il codice di procedura [articolo 55] prescrive che, se una delle parti deferisce il giuramento all'altra, il giudice di pace lo riceva o faccia menzione del rifiuto di prestarlo; ma in questo non havvi cosa che supponga necessariamente l'obbligo di giurare sulla richiesta dell'avversario. Se il giuramento è prestato volontariamente, il giudice di pace ne dà atto, come qualunque ufficiale pubblico darebbe atto di un giuramento prestato dinanzi a lui, in seguito di una convenzione che tiene tra le parti luogo di legge (codice civile articolo 1134-1088). Per quanto concerne il rifiuto di prestar giuramento, si prescrive, egli è vero, di farne menzione, ma non si dice che questo rifiuto debba essere decisivo contro la parte che non abbia voluto giurare. La men-

sidiariamente, e rientrando in tal modo nell' ipotesi in cui spetta al giudice decidere se il giuramento debba essere deferito (codice civile articolo 1366-1320, 1367-1321). Ma, se il giuramento suppletorio richiede un principio di pruova, è una supposizione interamente gratuita richiedere assolutamente la completa mancanza di pruova per validare la delazione del giuramento decisorio. Quando si dice questo giuramento deferito *omnibus probationibus aliis deficientibus* (Paolo, legge 25, *pr. dig. de jurejur.*), si parla solamente di quello che suole d'ordinario avvenire. Avendo il codice civile prescritto (articolo 1360-1314) che il giuramento decisorio può essere deferito *in qualunque stato della causa*, esso può esserlo sussidiariamente ad altri mezzi di pruova, nè v' ha cosa che ci autorizzi ad allontanarci dalla classificazione stabilita dal legislatore, quando, trattando successivamente del *giuramento decisorio* e del *giuramento deferito ex officio*, egli colloca evidentemente nella prima categoria ogni giuramento deferito da uno dei litiganti alla parte avversa.

(1) Vedi due arresti di rigetto l'uno del 6 maggio 1831 e l'altro del 9 novembre 1846.

(*) Zachariae (§ 753, num. 2) ed i suoi annotatori Aubry e Rau sostengono anch'essi che la legge, autorizzando la delazione del giuramento in ogni specie di contestazione ed in ogni stato di causa, attribuisca una facoltà alla parte e non al giudice. Anch' essi ammettono l'eccezione nel caso che risulti ad evidenza che la delazione del giuramento faceiasi per animo di vessazione: in tal caso dovrebbe applicarsi la massima: *malitiis non est indulgendum*. Però la giurisprudenza è contraria. Vedi, oltre a quelli citati dal Bonnier, un arresto della corte di Bordeaux del 29 gennajo 1839.

Il giuramento decisorio può essere deferito non solamente per farne dipendere la decisione della causa nel merito, ma ancora sopra tutti gl'incidenti che possano elevarsi sull'istanza, e sui quali debba previamente essere statuito. Bruxelles, 22 aprile 1830, *Giur. del B.* 1830, 1, 341, e 1825, 2, 349. *Giur. del XIX secolo*, 1832, 246; Dalloz, XXI 272.

Il giuramento decisorio non può essere deferito che sopra fatti decisivi dalla causa. Bruxelles, 13 novembre 1834; *Giur. del B.*, 1835, 316.

Perchè un giuramento sia decisorio è mestieri che sia deferito in termini tali, che, se sia prestato o riferito, metta fine alla contestazione. Liegi, 23 dicembre 1841. *Giur. del B.*, 1842, 176.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

zione sarà trasmessa al tribunale impossessato della causa, e questo potrà dalla condotta della parte trarre delle induzioni più o meno favorevoli contro di lei [1]. Ma, come avremo occasione di rilevare, la forza di semplici presunzioni è tutt'altro che uguale a quella della confessione giudiziale.

348. Per potere deferire il giuramento bisogna essere capace di transigere sul litigio. Devieremmo dall'argomento nostro se esaminassimo sino a qual punto esso possa essere deferito da un tutore, da un creditore solidale, da un mandatario in generale. Sono queste delle pure quistioni di capacità, di cui l'esame non si lega per nulla alla teoria delle pruove, perciocchè esso riposa per intero nella sostanza del dritto.

Parimenti i principii generali sulle transazioni suppongono che la delazione non sia il risultato del dolo o dell'errore; in caso diverso sarebbe permesso di ritornare, non sul giuramento prestato, che è in se stesso inattaccabile, ma sulla convenzione in seguito della quale esso è stato prestato. Questo è chiaramente dimostrato da Pothier [2], e non è affatto messo in dubio, almeno per quanto concerne le cause ordinarie di nullità delle convenzioni.

La quistione acquista maggior gravità quando vuolsi ritornare sull'accordo che si è proposto alla parte contraria, fondandosi sopra ragioni affatto speciali alle transazioni, per esempio, invocando un documento posteriormente scoverto, il quale provi la carenza di ogni dritto nella parte che ha giurato [codice civile articolo 2057-1929]. Se ci attenessimo all'idea che deferire il giuramento importa transigere, saremmo indotti a decidere che la scoverta del documento sconosciuto debba far cadere la transazione come sfornita di causa. Ma possiamo rispondere che, per quanto sia esatta in teoria l'assimilazione del giuramento decisorio e della transazione, pure questo non è che un punto di dottrina il quale non si trova per nulla formulato in alcuna legge; e siccome, finalmente, havvi qualche cosa di più grave a ritornare sulla convenzione intervenuta tra le parti, quando trattasi di stabilire uno spergiuro, sembra malagevole trapiantare in un' altra materia la disposizione favorabile, ma eccezionale, dell'articolo 2057-1929 del codice civile. Avverrebbe altrimenti se si trattasse di un documento decisivo trattenuto per fatto dell'avversario; vi sarebbe allora un dolo che rientrerebbe nelle cause ordinarie di nullità, e difatti è in quest'ultima ipotesi che Pothier [3] permette di ritornare sulla delazione del giuramento, per ragione del documento scoperto [*].

349. Non si può deferire il giuramento, come si dirige l'interrogatorio, ad un corpo morale, come sarebbe uno stabilimento pubblico. Il corpo morale per se medesimo non potrebbe ritenersi avere una coscienza. Per quanto concerne l' agente, egli non può nè per mezzo di una confessione, nè per mezzo di un giuramento [codice di procedura

(1) Vedi un arresto di rigetto del 17 luglio 1810.

(2) *Trattato delle obbligazioni*, numero 919.

(3) *Ibidem*, num. 916 e 919.

(*) Tale si è parimenti l' opinione di Toullier, tomo X, num. 390; Duranton, tomo XIII, num. 601; Favard, *Repert.*, v. *Giuramento*, sez. III, § 1, num. 20; Zachariae, § 753, num. 3, in fine, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, *ibid.*, nota 28.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

civile articolo 336-430] compromettere gl' interessi affidatigli. Non è interdetto, egli è vero [*ibidem*, lo stesso articolo], di deferirgli il giuramento sui fatti personali; ma il di lui rifiuto di prestarlo nuocerebbe a lui medesimo, se si trovasse personalmente in causa, senza potere giammai recare pregiudizio al corpo da lui rappresentato (*).

§ 2. *Prestazione del giuramento.*

350. Il giuramento deferito può essere immediatamente accettato e prestato, senza che insorga alcuna difficoltà. L' intervento del giudice non è allora necessario se non per dare atto del giuramento, e per dedurne le conseguenze legali nel giudizio che diffinisce la causa. Se, all' incontro, vien contrastato all' attore il dritto di deferire il giuramento, è mestieri che il tribunale, con una sentenza interlocutoria, statuisca sull'ammessibilità di questo modo di pruova. In considerazione di questa seconda ipotesi [per lo meno per quanto concerne il giuramento decisorio] l'articolo 120-214 del codice di procedura prescrive che una sentenza ordini il giuramento ed enuncii i fatti sui quale il medesimo debb'essere ricevuto. Per procedersi regolarmente sarebbe necessario in prosieguo una seconda sentenza sul merito della controversia; ma spesso, nella pratica, onde non moltiplicare le spese, si emette una sola sentenza, nella quale si profferisce con anticipazione la condanna della parte che non presterà il giuramento a lei deferito; perciocchè, se esso è prestato, dovrà sempre darsene atto. In ogni caso, siccome la prestazione del giuramento è un fatto personale alla parte interpellata, la sentenza che l' autorizza deve, al pari di quella che ordina un interrogatorio, e pei medesimi motivi, essere notificata tanto al patrocinatore che alla parte [codice di procedura civile articolo 147-240].

351. La parte presta giuramento in persona all'udienza, quando non siavi legittimo impedimento: caso in cui il giuramento avrebbe luogo nel di lui domicilio, in presenza di un giudice delegato. L'articolo 173 della legge di procedura di Ginevra ha introdotto in questa materia un rimarchevole miglioramento. Il presidente in udienza pubblica espone chiaramente alla parte i fatti sui quali è a lei deferito il giuramento; rammenta a lei le pene contro lo spergiuro; e la prestazione del giuramento è rimessa in un'udienza susseguente, a meno che le circostanze non richieggano che essa abbia luogo immediatamente. Questo sistema chiama la parte alla riflessione, e non la pone bruscamente tra la sua coscienza ed il timore di ritrattare precedenti asserzioni. L'introduzione di questo rinvio nella pratica nostra non potrebbe che arrecare vantaggio, più di quello che apprestino tante altre lentezze molto meno motivate.

352. La forma del giuramento, quale esso praticasi nella moderna giurisprudenza, è estremamente semplice. Essa consiste nel giurare, che una

(*) Questa teorica è insegnata anche da Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, numero 821; Toullier, tomo X, num. 373; Zachariae, § 753, num. 1. Nondimeno l'articolo 2181 permette di deferire al tutore di un erede minore, nel cui nome egli faccia valere una delle prescrizioni di breve durata stabilite dagli articoli 2177 a 2180 del codice civile, un giuramento onde dichiarare se egli sappia che la somma o la cosa domandata sia ancora dovuta.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

data proposizione è vera, alzando la mano: formalità richiamata espressamente dalla legge pel giuramento dei giurati [codice d'istruzione criminale articolo 312], ma che dev'essere generalizzata [1].

Nei tempi andati il giuramento era più complicato; esso racchiudeva due parti: l'una, l'invocazione, per la quale chiamasi Dio in testimonio; l'altra l'imprecazione, colla quale lo si pregava a vendicare lo spergiuro, in caso di mendacio. Molti antichi scrittori considerano l'imprecazione come dell'essenza del giuramento, e la legge di procedura di Ginevra, fermandosi in quest'idea, vuole che il presidente, dopo che la parte ha prestato il giuramento, aggiunga: *che Dio, testimonio del vostro giuramento, vi punisca, se voi siete spergiuro!*

Però l'utilità di una simile addizione non ci sembra ben chiara. L'invocazione della divinità racchiude virtualmente il richiamo della vendetta divina sul capo dello spergiuro; se ciò non fosse, questa invocazione sarebbe vuota di senso. Or, si comprende benissimo che taluni animi corrotti, ma deboli, retrocedono talvolta innanzi al mendacio, quando trattisi di confermarlo con giuramento (2), ma la distinzione casistica tra l'invocazione semplice, e quella accompagnata d'imprecazione, ci sembra troppo sottile perchè possa fare impressione sopra la massa delle coscienze. Questo richiamo solenne alla vendetta della Divinità non iscemerebbe lo spergiuro, e lo renderebbe più scandaloso, facendolo maggiormente rilevare.

Il richiamo alla coscienza del litigante sarà più efficace, se si osservano le forme del culto da lui professato. *Divus Pius*, dice Ulpiano (3), *jurejurando, quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit.* Di conseguenza si è ritenuto, e questo punto è ormai fuori dubio, che il giuramento prestato volontariamente secondo forme più solenni e più complicate, può perfettamente stare in vece del giuramento ordinario.

Ma quando un litigante chiede di prestare giuramento secondo la forma comune, puossi constringerlo a ricorrere alle solennità religiose del culto suo?

La quistione si è mossa nella pratica relativamente agl'israeliti. Nell'antica giurisprudenza, e principalmente in virtù di lettere patenti del 10 luglio 1784, gl'israeliti dell'Alsazia erano obbligati a prestar giuramento secondo un rito speciale stabilito dal Talmud; il che poteva allora essere considerato per essi come un vantaggio, perciocchè la formula ordinaria obbligava a scoprirsi il capo e ad alzare la mano innanzi l'immagine del Cristo. Dal 1791 al 1805 gl'israeliti furono sottoposti al dritto comune relativamente alle loro affermazioni di-

(1) Il cerimoniale del giuramento ha variato secondo i tempi e secondo i luoghi; ma l'uso di alzare la mano destra, oggi generalmente in vigore, rimonta alla più alta antichità. Lo si rinviene nella più antica formula di giuramento che ci sia stata trasmessa. « Levo manum meam, dice Abramo (Genesi, capo IV, verso 22), ad « Dominum Deum excelsum, possessorem « caeli et terrae. »

(2) Si può consultare sull'assunto la curiosa dissertazione del signor Berriat-Saint-Prix sul giuramento giudiziale (*Rivista di legislazione*, tomo VIII, pag. 268 e 269). Vi si troveranno degli esempii meravigliosi dell'importanza annessa al giuramento dal volgo, il quale facevasi lecite senza scrupolo false dichiarazioni non giurate.

(3) Legge 5, § 1, *dig. jurejur.*

Digitized by Google

nanzi ai tribunali. Dal 1806 al 1808, in forza di decreti imperiali, motivati da gravi accuse di usure, gl'israeliti di Alsazia furono sottoposti ad un regime eccezionale. Di conseguenza una lettera del ministro di giustizia prescrisse nuovamente la prestazione del giuramento *more judaico*.

Per sostenere che siffatta prestazione dev' essere imposta agl' israeliti, anche dopo che i medesimi sono stati sottoposti al dritto comune, si è fatto osservare che gli animi accostumati ad un apparato imponente potevano annettere poca importanza ad un'affermazione concepita sotto forme estremamente semplici (1). Ma una decisione, resa dai grandi rabbini nel 1844, risponde a questa objezione, dichiarando l' israelita legato dalla formula ordinaria: *io lo giuro;* e d'altronde il rito solenne tratto dal Talmud ed usato presso gl'israeliti di Alsazia non è affatto applicabile agl'israeliti del rito portoghese, i quali non riconoscono per nulla l' autorità del Talmud. Avrebbesi dovuto di conseguenza distinguere tra gl'israeliti di rito tedesco e quelli di rito portoghese. Per siffatta ragione le corti del mezzo-giorno hanno sempre respinto la prestazione del giuramento *more judaico*. Finalmente la corte di cassazione (2) ha deciso *in terminis* che non si possa obbligare alcuno a giurare secondo una forma di cui non si faccia menzione alcuna nelle nostre leggi. Nello escludere tutte le forme speciali, le quali supponevano la credenza in un dato culto, come sarebbe il giuramento prestato sulla Bibbia, il legislatore ha manifestato l' intenzione di stabilire una regola comune a tutti gli uomini che credono alla Divinità, qualunque siasi il modo in cui essi l'adorano. Supporre che questa regola non sia adattabile per una data classe di litiganti, sarebbe non applicare la legge, ma riformarla.

Tuttavia i settarii, come sarebbero i *quakers*, che considerano il giuramento come illecito, saranno ammessi, come essi lo sono generalmente in Europa, ad affermare sull'anima e coscienza loro (3). Questa soluzione non viene in opposizione colla precedente. E di vero, altra cosa è interdire ad una persona di servirsi della formula legale, quando ne richiegga l' applicazione; altra il supplirvi per mezzo di equipollenti, quando dovrebbesi far violenza alle coscienze per esigerne l'uso.

Tutto quello che per noi si è detto sulla formula del giuramento applicasi ugualmente al giuramento suppletorio, a quello che prestano i giurati, i testimonii, ec.

§ 3. *Effetti della prestazione.*

353. Prestato una volta il giuramento, supponendo valida la transazione alla quale esso si riferisce, dà fine irrevocalmente alla contraversia. L'effetto del giuramento, al pari di quello della confessione, in faccia ai terzi, per esempio nei rapporti del debitore, e del fidejussore,

(1) Questa considerazione non può essere senza forza pegl'israeliti algerini, meno illuminati degl'israeliti francesi: per questa ragione la corte di Algeri ha conservato relativamente ad essi le forme usate nel paese prima della conquista (arresto del 28 giugno 1845); ed il governo ha seguito lo stesso sistema relativamente al giuramento dei giudici e dei membri dei concistori (deliberazione del 2 settembre 1835; ordinanza del 9 novembre 1845).

(2) Vedi due arresti di rigetto del 10 e 12 luglio 1828, ed un arresto di annullamento del 3 marzo 1846.

(3) Vedi un arresto di rigetto del 28 marzo 1810.

Digitized by Google

dei creditori, dei condebitori solidali tra di loro (codice civile articolo 1365-1319), rientra nella teorica più generale dell'effetto dei giudicati relativamente ai terzi. Noi stabiliremo i principii più rilevanti sull'assunto quando saremo pervenuti nella sede della materia, alla presunzione che trae seco l'autorità della cosa giudicata.

354. Il giuramento è indivisibile al pari della confessione, come fu deciso da un arresto di annullamento del 18 gennaro 1813. Dovrà dunque applicarsi alla dichiarazione giurata quello che noi abbiamo detto della confessione ordinaria. Solamente, la quistione d'indivisibilità sorgerà più raramente per quanto concerne il giuramento, perciocchè questo è ordinariamente deferito sopra un fatto unico.

355. Si considera talvolta nella pratica, come se avesse prestato giuramento colui che è stato sorpreso dalla morte o da qualche accidente, mentre era sul punto di prestarlo (1). Questa decisione non è rigorosamente esatta. La legge dice, egli è vero, che la parte che ha deferito il giuramento non può più ritrattarsi, se la parte contraria ha dichiarato di essere pronta a giurare [codice civile articolo 1361-1318]; ma non ne viene di conseguenza che il giuramento sia per questo solo fatto reputato come prestato. È egli ben certo che la parte, la quale, nel primo momento, non si arrestava in faccia allo spergiuro, non sarebbe stata trattenuta dalla sua coscienza nel momento decisivo? Bisogna dunque riconoscere [2] che la condizione non è adempiuta; tutto quello che debbesi ammettere si è che, se la prestazione del giuramento sia stata unicamette ritardata dalle mene dell' avversario, si reputerà come prestato (*ibidem.*, articolo 1178-1131) [*].

356. Si è in tutti i tempi riconosciuto non essere, per regola generale, ammessibile la pruova della falsità del giuramento prestato: *non illud quaeritur an paecunia debeatur, sed an juraverit* (3). Nondimeno Giustiniano, troncando una quistione dibattuta, volle, per lo meno nelle

(1) Vedi due arresti, l' uno della corte di Douai, del 26 maggio 1814, e l' altro della corte di Aix, del 13 agosto 1829.

(2) Vedi un arresto della corte di Caen, del 20 gennajo 1846.

(*) Unif. Dalloz, t. XXI, p. 267, Bruxelles, 20 gennajo 1829; Rauter, *proced.*, num. 134.

Quasi tutti gli scrittori sono di accordo nel ritenere che, quando la prestazione del giuramento non sia stata ritardata per dolo dell'avversario, non può ritenersi come prestato. V. Favard, *Repert.*, v. *Giuramento*, sez. III, § 1, num. 18; Carrè *Leggi della procedura*, quist. 511, e Chauveau, *ibid.*; Boncenne, *Teoria della procedura civile*, II, 513 e seg.; Toulliér, n. 385; Thomine, tom. 1, p. 239 e 240; Rauter, *Proced.*, num. 134; Zachariae, § 753, num. 3. Tra gli antichi, Dumoulin avea detto sulla legge terza cod. *de jurejurando: Juramentum a judice delatum defuncto, sed nondum praestitum ab illo, non potest objci per defuncti haeredem.* La disposizione dell' articolo 1318 non ha altro motivo che un contratto giudiziario che la legge suppone formato tra le due parti, sopra una condizione dalla quale esse convengono di far dipendere l'esito della lite. Ma i risultati sono legati all' adempimento di questa condizione; e se, pel fatto della morte o dell'incapacità della parte cui il giuramento era stato deferito, la condizione non potè più essere adempiuta, perchè dovrebbesi il giuramento reputare prestato? V. Carrè, *loc. cit.*

Due decisioni, l' una della corte di Douai del 26 maggio 1814, e l'altra della corte di Aix del 13 agosto 1829 hanno deciso il contrario; ma questi arresti sembrano fondati sopra considerazioni speciali. — *Il Traduttore.*

(3) Instit., § 11, *de actionibus.*

Digitized by Google

materie di legati e di fedecommessi, che, se lo spergiuro fosse stato dimostrato, non avesse dovuto giovare a colui che se ne era reso colpevole (1) [*].

Niuna eccezione di questo genere trovasi riprodotta dal codice civile, il quale nega, in una maniera generale (articolo 1363-1317), la facoltà d' impugnare il giuramento. Ma taluni scrittori, sebbene convengano che la discussione non possa più essere riprodotta innanzi la medesima giurisdizione, opinano nondimeno non essere vietato di costituirsi parte civile nel criminale quando lo spergiuro sia perseguitato dal pubblico ministero.

Questa opinione sembra sfornita di fondamento. E di vero, quando si discusse il codice penale, si parlò precisamente del pericolo di questo intervento della parte, in ispreto della forza della transazione; e si trasse argomento da questo pericolo per chiedere la soppressione della dichiarazione che punisce lo spergiuro della degradazione civica (2) [codice penale, articolo 566]. Ma si rispose che non si era per nulla derogato alle regole del codice civile. « Questa disposizione, dice l'esposizione dei motivi al corpo legislativo, non potrebbe distruggere o cambiare l'articolo 1363-1317 del codice Napoleone, il quale prescrive che quando il giuramento deferito o riferito è stato prestato, non si ammette l'avversario a provarne la falsità . . . Tale non è nè potrebbe essere lo scopo ed il significato della disposizione che vi si presenta; essa non apre alcuna novella azione al condannato: il codice Napoleone ha irrevocabilmente regolato tutto quello che è relativo agl'interessi privati ed alla parte civile: appartiene solamente al ministero pubblico, nel solo interesse della società, perseguitare lo spergiuro. » In faccia ad una simile dichiarazione così formale riesce difficile non riconoscere che l'articolo 1363-1317 del codice civile domina tutte le giurisdizioni, e che non si è voluto lasciare alcun mezzo diretto di ritornare sul giuramento offerto all' avversario.

357. Si fa tuttavia la domanda se il ministero pubblico, il quale, secondo l'intenzione del legislatore, è il solo ammessibile a perseguitare lo spergiuro innanzi la corte di as-

(1) Legge ultima, *cod. de reb. cred. et jurej.*

(*) Il principio dell' irretrattabilità del giuramento era stabilito in diversi testi del dritto romano, come può vedersi dalle leggi 9, § 1, e 28 *in fine*, e 5, § 2, *dig. de jurejur. Dato jurejurando*, così quest'ultima legge, *non aliud quaeritur quam an juratum sit: remissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando.* Per quanto concerne l'eccezione stabilita nella legge ultima, cod. *de reb. cred. et jurej.*, i commentatori ritengono che essa poggiasse sulla ragione che, avendo il giuramento la forza della transazione, e non potendo questa aver luogo se non dopo essersi conosciuto il tenore del testamento, il giuramento non poteva essere deferito prima di conoscersi il testamento medesimo.—*Il Traduttore.*

(2) La pena dello spergiuro ha sofferto molte variazioni. In Roma, esso era talvolta impunito, talvolta punito del bando, della frusta, o per lo meno dell' infamia. Secondo i Capitolari, la pena consisteva nella perdita della mano destra; nell' antica nostra giurisprudenza essa era arbitraria; il più sovente consisteva nell' ammenda. La legislazione intermedia l'aveva lasciato impunito. Finalmente la pena infamante della quale venne colpito nel 1810, può, in questo caso al pari che negli altri, dal 1832 a questa parte, essere accompagnata da una prigionia (nuovo codice penale, art. 35).

Digitized by Google

sise, possa provare la falsità del giuramento, dimostrando con tutti i mezzi possibili che l'allegazione sostenuta da un tal giuramento era mendace, quand'anche si trattasse di un valore eccedente i centocinquanta franchi.

Per sostenere la negativa, s'invoca il principio, oggimai fermo nella giurisprudenza, e che a noi è sembrato completamente esatto, che le regole sulla pruova, quali esse sono tracciate dal codice civile, sono applicabili a tutte le giurisdizioni. Quindi, si è detto, un credito di un valore superiore alla tassa legale, che non è provato se non da testimonii, non è legalmente provato. Il ministero pubblico non potrebbe dimostrare uno spergiuro col mezzo di pruove reputate inefficaci.

Queste considerazioni sarebbero decisive, se l'azione del ministero pubblico dovesse qui, come in ogni altra materia, spiegare influenza sugl'interessi civili. Ed era ben sotto questa veduta che la commessione del corpo legislativo domandava la soppressione dell'articolo 366 del codice penale, siccome quello che offriva alla parte civile un mezzo indiretto di eludere le leggi sulla pruova testimoniale. Ma si è risposto a questa objezione, non meno che a quella dedotta dall'articolo 1363-1317, col far rilevare che l'azione era esclusivamente attribuita al ministero pubblico.

« Non potrebbesi neanco, dice « l'esposizione dei motivi, abusare « di questa disposizione, per eludere « l'articolo 1341-1295, il quale vieta « qualunque pruova per testimonii « di ogni cosa eccedente la somma « o il valore di centocinquanta fran« chi, per fare ammettere in soste« gno di un'accusa criminale una « pruova inammessibile innanzi i « tribunali civili, e fare in tal guisa « rivivere, sotto un'altra forma, un'a« zione giustamente estinta o pre« scritta... Il solo ministero pubblico « è quegli il quale potrà nel solo « interesse della società perseguitare « lo spergiuro: quegli che avrà pre« stato un falso giuramento onde li« berarsi da un debito contratto, di « cui la pruova non sarebbe stata « presentata *o ammessa* innanzi ai « tribunali civili, non godrà in pace « del frutto dell'impostura sua; essa « sarà messa in piena luce dalla giu« stizia criminale. »

Da queste espressioni sembra che risulti ad evidenza che non si è veduto inconveniente a lasciare ogni latitudine alla pruova dello spergiuro, se non quando trattisi della parte civile; ma messa una volta fuor di lite la parte civile, non havvi più ragione sufficiente per astringere il ministero pubblico ad un tal modo di giustificazione: perciocchè l'esposizione prevede sinanco il caso che la pruova non sia stata *ammessa* innanzi ai tribunali civili, il che allude alle proibizioni legali; ed anche in questo caso si vuole che lo spergiuro non rimanga impunito. Del resto, questa teorica si concepisce agevolmente nella posizione affatto eccezionale della cosa. E di vero, uno dei principali motivi delle restrizioni arrecate all'uso della pruova testimoniale, il pericolo della corruzione dei testimonii, svanisce completamente in una causa in cui l'azione pubblica sia sola in movimento. Resta l'incertezza della pruova testimoniale; ma questa incertezza esiste del pari nelle circostanze in cui la necessità costringe ad ammettere questa pruova. Non è forse altronde il ministero pubblico nell'impossibilità di procurarsi un principio di pruova per iscritto, in una causa in cui non siavi parte civile?

La corte di cassazione si era dap-

Digitized by Google

prima pronunziata contro l'ammessione della pruova testimoniale; in prosieguo essa recesse dalla sua prima giurisprudenza con arresto di rigetto del 21 agosto 1834; da ultimo essa ha con diversi arresti, a cominciare dal 16 agosto 1844, deciso che quando trattasi di una stipulazione contrattuale di cui l'oggetto eccede il valore di centocinquanta franchi, il ministero pubblico non può perseguitare lo spergiuro quando non abbia per lo meno un principio di pruova per iscritto di una tale stipulazione. La corte si è poggiata sulla teorica che, per quanto concerne i fatti civili, la legge la quale determina il genere di pruova che può essere ammesso, estende l'impero suo sulla procedura criminale non meno che sulla procedura civile; che essa dev' essere rispettata ed osservata dai giudici criminali, anche nel caso in cui il fatto regolato dalla legge civile si leghi per rapporti necessarii ed assoluti al fatto punito dalla legge criminale, e quindi la pruova del fatto criminale non può essere stabilita che da quella del fatto civile, e deve esserne la conseguenza.

Questa dottrina è quella che noi abbiamo sempre professato in teoria generale, ed è un grave errore il sostenere colla corte di Limoges [1] « che la legge ha tracciato per la formazione delle pruove in materia civile ed in materia criminale delle regole distinte, che non bisogna confondere. » Ma, facendo eco colla più completa convinzione al sistema generale della corte di cassazione, noi crediamo che essa spingasi troppo oltre, quando ricusa di allontanarsene in un caso affatto eccezionale, in cui i motivi di sospicione non sono più invocabili, perciocchè gl'interessi civili non potrebbero, nè direttamente, nè indirettamente, trar vantaggio dalla decisione profferita dai giudici criminali [*].

§ 4. *Rifiuto di prestare o di riferire il giuramento.*

358. Quegli al quale il giuramento è deferito ha la scelta, o di prestarlo, o di riferirlo all'altra parte, la quale non può dolersi di trovarsi nella posizione in cui essa voleva mettere l' avversario suo. Ma come non può deferirsi il giuramento sopra un fatto che non sia personale alla parte cui si deferisce, così non è permesso a questa parte di riferirlo quando il fatto di che si tratta sia a lui puramente personale (codice civile articolo 1362-1316) [**].

(1) Nelle considerazioni di un arresto contro il quale il ricorso fu rigettato nel 1834.

(*) Il codice sardo si è allontanato in parte da questi principii: l' articolo 1480 di esso è così concepito. « Quando siasi « prestato il giuramento deferito o riferito « non si ammette l'avversario a provarne la « falsità. »

« Qualora però la falsità ne fosse pro« vata per sentenza criminale, gli effetti « civili del giuramento decisorio continue« ranno, ma sarà sempre salvo al danneg« giato il risarcimento dei danni ed inte« ressi che gli potranno competere in forza « della sentenza criminale. »—*Il Traduttore.*

(**) Tra' fatti personali, sopra dei quali può deferirsi il giuramento, ai sensi dell'articolo 1313, va compresa la scienza del fatto altrui.—Gran corte civile di Napoli, terza camera, decisione del 15 marzo 1848, nella causa *Priori* e *Priori*. Questa teorica è stata anche consagrata dal codice sardo, ove, all'articolo 1474, è detto. «Non si può « deferire che sopra un fatto specifico pro« prio di quello a cui viene deferito, ov« vero sulla semplice scienza di un fatto. » —*Il Traduttore.*

Digitized by Google

Quindi, il successibile, tratto da un creditore in giudizio per involamento di oggetti ereditarii, ed al quale fosse stato da costui deferito il giuramento, non potrebbe essere ammesso a riferirlo. Questa eccezione alla facoltà generale di riferire il giuramento non è la sola. Quando la parte sfidata a giuramento è un incapace, come sarebbe un minore, il quale può migliorare la sua condizione, ma non renderla deteriore, quest'incapace può bene prestare egli medesimo il giuramento che tenda a liberarlo; ma non gli è lecito riferirlo, il che comprometterebbe fortemente gl' interessi di lui.

Per quanto concerne il giuramento stragiudiziale, abbiamo veduto che la delazione di questo giuramento non ha nulla di obbligatorio; è ben evidente che lo stesso debbe dirsi del giuramento riferito stragiudizialmente. Se questo giuramento è prestato, ne risulterà una transazione, ma non potrà riportarsi condanna per aver ricusato di prestarlo.

359. Quando il giuramento è deferito in giudizio ad una persona capace, se essa rifiuti di darlo o di riferirlo, havvi da sua parte confessione tacita; essa deve succumbere nella sua domanda o nell'eccezione sua (codice civile articolo 1361-1315) [*]. Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre [1]. Bene inteso nondimeno che questa confessione tacita non è ammessibile se non in quei casi in cui può ammettersi la confessione espressa. Quindi, l'incapace, nel conservare il silenzio, non potrà recare a se stesso maggior nocumento che se deferisse o riferisse il giuramento. Nello stesso modo, il silenzio di un coobligato non potrà compromettere gli altri obbligati se non quando egli abbia un mandato espresso o tacito per rappresentarli. Bisogna qui riportarsi ai principii che noi stabiliremo in prosieguo sull'autorità della cosa giudicata.

SECONDA SEZIONE.

Rigetto del giuramento decisorio in materia criminale.

360. Il giuramento decisorio suppone una transazione, quindi esso, come noi abbiamo già veduto, non è ammessibile se non nelle materie nelle quali è permesso alle parti di transigere. Di conseguenza non se ne può concepire l' uso nel criminale, se non sotto l'impero di quelle legislazioni che lasciano l' accusa nelle mani dei particolari.

Nell' antichità, in cui questo sistema era in pieno vigore, sembra che il giuramento fosse stato di sovente adoperato per decidere della sorte di una causa criminale. In A-

(*) Allorché di più persoue alle quali sia stato deferito o riferito il giuramento, una ricusi di prestarlo, la sua ricusa non può privare le altre del beneficio della sentenza che ne abbia ordinato la prestazione. Zachariae, § 753, num. 3; Colmar, 5 maggio 1819.—Se di due debitori solidali uno deferisca al creditore il giuramento decisorio sul pagamento degl'interessi, perchè questa eccezione diventi comune all' altro debitore, bisogna che costui l'abbia opposta ai termini dell' articolo 1611; e, non avendolo fatto, non può dolersi di non essersi provveduto nel suo interesse; massime se ha domandato che la causa sia giudicata sopra i medesimi documenti.—Corte suprema di giustizia di Napoli, arresto del dì 8 agosto 1846, nella causa tra il Monastero di S. Giuseppe e Teresa.—*Il Traduttore.*

(1) Paolo, legge 38, *dig. de jurejur.*

Digitized by Google

tene, le orazioni di Demostene offrono più di un esempio di quest' uso, che sembra tanto singolare nei nostri costumi (1). In Roma, Quintiliano, il quale nelle sue *Instituzioni oratorie* si occupa quasi esclusivamente delle cause criminali, presenta (2) la delazione del giuramento come una misura pericolosa e riprovata dai vecchi pratichisti; ma appunto perchè egli consiglia di farne uso con una estrema sobrietà, è facile scorgere che egli la considera come perfettamente ammessibile.

Presso i moderni, l'uso del giuramento decisorio nel criminale sembra essere stato prontamente abbandonato. Primieramente, in tutti quei luoghi nei quali il sistema inquisitorio è prevalso, la facoltà di transigere sulle accuse, facoltà che poggia sulla delazione di un tal giuramento, è stata abolita. E sinanco nei paesi nei quali, come in Inghilterra, si è conservato il sistema delle accuse private, non si ammette nella pratica questa conseguenza estrema, innanzi alla quale l'antichità non aveva indietreggiato. Non si vede più, come in Atene ed in Roma, l'accusatore e l'accusato provocarsi rispettivamente al giuramento. Il buon senso del giurì ricusa di far dipendere da un modo di pruova così pericoloso la sorte di un'accusa capitale. Può adunque considerarsi il giuramento decisorio come interamente sparito presso i popoli moderni in materia criminale.

TERZO MODO DI PRUOVA ORALE

Dichiarazione dell'attore.

361. Quanto è naturale di riportarsi alla testimonianza di terzi disinteressati nella lite, o alla confessione dello stesso convenuto, altrettanto sembra strano il rimettersi all'affermazione dell'attore, chiamato in tal guisa ad appropriarsi la vittoria della causa colla sua medesima testimonianza. Quando talune legislazioni barbare, sotto l'influenza di un sentimento esagerato della moralità umana, permettevano di riportarsi in ogni materia alla dichiarazione dell'attore, questa facoltà dava nascimento ad enormi abusi. In questa guisa, presso i Lombardi, bastava, nei tempi andati, a colui che presentava le lettere patenti di una possessione, se si fossero elevate controversie, giurare sopra il Vangelo la verità di tali lettere patenti, e senza alcun precedente giudizio, egli si facea padrone della possessione. Così gli spergiuri erano certi di acquistare (3). La reazione che ebbe luogo nell'opinione contro questi scandali (4) ha anch'essa, a quanto pare, contribuito potentemente a propagare l'uso del combattimento giudiziario.

362. Oggi la dichiarazione dell'attore, sebbene non abbia un'autorità così straordinaria, è purnondimeno tuttora assai di frequente invocata, almeno in dritto civile, e noi ve-

(1) Così l'oratore ateniese dichiara, in una delle sue orazioni (in *Aphob.* III, § 16), che egli aveva offerto di rimettersene al giuramento che l'accusato dovea prestare sul capo di sua figlia; ma che costui non ha voluto nè dare, nè riferere il giuramento.

(2) Libro V, cap. VI.

(3) Vedi le leggi dei Lombardi, libro II, tit. 55, cap. XXXIV.

(4) Ab Italiae proceribus est proclamatum, ut imperator sanctus, mutata lege, facinus indignum destrueret.— Legge dei Lombardi, *ibidem*).

Digitized by Google

dremo che questo modo di pruova, sovente con ragione impugnato, è, in taluni casi, giustificabile, talvolta sinanco necessario.

Una distinzione importante domina la materia. Talune volte è la legge quella che designa esclusivamente una delle parti, ordinariamente l'attore, per troncare la controversia colla sua dichiarazione; talvolta lasciasi al giudice la facoltà di riportarsi alla dichiarazione dell'una o dell'altra parte, a scelta sua, ed è allora che ha luogo il giuramento suppletorio, del quale ci occuperemo in ultimo luogo.

PRIMA SEZIONE.

Caso in cui la legge attribuisce una forza esclusiva alla dichiarazione di una delle parti.

363. Due specie di motivi han potuto determinare la legge a riportarsi unicamente per taluni casi alla dichiarazione di una delle parti, e sinanco ordinariamente a quella dell'attore (1). Talvolta la qualità della persona è quella che la fa reputare degna di fiducia; tal' altra la posizione affatto particolare dell' attore fa sì che egli solo sia nella circostanza di dare rischiaramenti sui fatti in controversia.

364. La qualità della persona ha determinato il legislatore a riportarsene esclusivamente ad una delle parti, quando esso vuole che il locatore sia creduto sul suo giuramento, in caso di controversia sul prezzo di un affitto verbale di cui l' esecuzione sia cominciata [numero 136], quando non esista quietanza [codice civile articolo 1716-1562]. Questa disposizione è mitigata dalla facoltà accordata al locatario di domandare la stima per mezzo di periti, salvo a pagare le spese della perizia, quando la stima ecceda il prezzo da lui dichiarato [lo stesso articolo]. Essa non è stata l'oggetto di censure rilevanti, come contraria all'uguaglianza democratica, perciocchè avviene di frequente nella locazione che la posizione sociale del locatario sia più elevata di quella del locatore.

365. Non può dirsi lo stesso dell'articolo 1781-1627 del codice civile, ai termini del quale, per quanto concerne la locazione delle opere dei domestici o degli operai, si presta fede al *padrone* sulla sua *asserzione* per la quantità delle mercedi, pel pagamento del salario dell'annata decorsa, e per le somministrazioni fatte in conto dell'annata corrente, quando il domestico non presenti uno scritto.

Quest' articolo, che porta l' impronta di uno spirito poco democratico, sembra una reminiscenza di un vecchio adagio consuetudinario: *in grande povertà non vi ha grande lealtà*. L'espressione sinanco di *padrone* ha qualche cosa che suona male ad orecchie repubblicane, e quindi dopo la rivoluzione del 1848 se n'è vivamente domandata l'abrogazione. La proposta di modificare in questa materia il codice civile fu presa in considerazione dal potere legislativo, ma non potè rinvenirsi un sistema migliore onde surrogarsi all'articolo 1781-1627. Nell' ultima discussione su questo punto, nella seduta del 6 maggio 1851 [2], si ri-

(1) Bene inteso che noi chiamiamo qui attore colui al quale incombe far la pruova del fatto in sostegno del quale la propria dichiarazione viene invocata, quand'anche la sua pretesa venisse a presentarsi incidentemente in una procedura in cui egli sia l'attore.

(2) Vedi il *Monitore* del 10 maggio.

Digitized by Google

conobbe essere impossibile far ritorno al dritto comune, senza autorizzare, nei casi frequentissimi in cui il valore della lite non oltrepassa centocinquanta franchi, una quantità di piccole pruove testimoniali; il che è contrario allo spirito della nostra legislazione, non meno che all'eguaglianza bene intesa, perciocchè il padrone non potrebbe far sentire come testimonii altri domestici [codice di procedura articolo 282-378], mentre i domestici potrebbero prestarsi reciprocamente testimonianza.

Dovevasi forse pei domestici e per gli operai delle campagne introdurre il *libretto*, almeno facoltativo? Questa istituzione, la quale, per gli operai propriamente detti, dà nascimento a ben gravi difficoltà, avrebbe avuto poco successo, principalmente nelle compagne, ove sovente niuna delle parti sa scrivere.

Un'idea molto più semplice, ammessa ad unanimità dal comitato di legislazione dell'assemblea costituente del 1848, consisteva nel permettere al giudice di deferire il giuramento a quella tra le parti che egli stimasse più degna di fede, come si pratica nelle controversie commerciali. Il motivo che fece, nel 1851, respingere quest' idea, e mantenere lo *statu quo*, si fu il timore che, secondo lo spirito dei luoghi, potrebbe il giuramento essere sistematicamente deferito o all'operajo o al padrone. Questa supposizione ci sembra ingiuriosa per la magistratura; e noi siamo di avviso che sarebbe stato preferibile lasciare ad essa un potere arbitrario, del quale non è a credersi che avesse abusato in prò dei domestici.

Checchè ne sia, ritornando alla legge esistente, è da notarsi che essa suppone il padrone ora convenuto, ora attore. Egli è convenuto (1) quando trattasi di quantità delle mercedi che si reclamano contro di lui; egli è, per l'opposto, attore, in virtù della regola *reus excipiendo fit actor*, quando, provata una volta la quantità delle mercedi, egli allega a sua volta un pagamento totale o parziale. Nell'una e nell'altra ipotesi, l'*asserzione* sua fa fede (*).

Ma che cosa debbesi qui intendere per questa asserzione?

Taluni opinano essere sufficiente la sola dichiarazione del padrone, perciocchè la legge non ha prescritto il giuramento, come ha fatto espressamente quando trattasi della locazione delle case (*ibidem*, articolo 1716-1562). Ma la parola *asserzione* si prende sovente nel senso di dichiarazione giurata, ed è così precisamente che intendesi l'asserzione che viene a sanzionare la verificazione dei crediti, in materia di fallimento (codice di commercio, articolo 497-499).

E lasciando da canto la difficoltà grammaticale, per affacciarci alla quistione del merito, havvi forse motivo ragionevole per negare al domestico tutte le guarentigie desiderabili della sincerità di una dichiara-

(1) Avviene di rado che la legge si rimetta alla dichiarazione del convenuto, già sufficientemente protetto dalla sua posizione, che gli assicura la vittoria della causa, quando la cosa sia dubia. Ma qui, per inaridire la sorgente delle liti, si è voluto impedire al domestico l'uso della pruova testimoniale, anche per valori non eccedenti centocinquanta franchi.

(*) Un arresto della corte di Rouen del 16 novembre 1826 decise che l'articolo 1781-1627 non sia applicabile se non quando il padrone è convenuto; ma la corte di cassazione, con arresto del 21 marzo 1837, ritenne l'opinione contraria. Troplong, *Locazione*, n. 886, fa eco a quest'ultima dottrina.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

zione che egli è obbligato ad accettare? Se la legge costringe il locatore di un fondo a prestar giuramento, sebbene il fittajuolo abbia la facoltà d'apprestare la pruova contraria per mezzo d'una perizia (lo stesso articolo 1716-1562), il domestico, al quale questo rimedio è stato negato, e pel quale l'asserzione del padrone è perentoria, deve, a ragion più forte, essere autorizzato a richiamarsene solennemente alla coscienza dell'avversario suo (*).

Del resto, la fede in tal modo accordata al padrone riposa sopra relazioni puramente personali. Se quindi egli cessa di vivere, potrà forse prestarsi credito alla dichiarazione della vedova e dei figli, che coabitano con lui; ma sarà certamente impossibile attribuire la medesima prerogativa agli eredi estranei, in faccia ai quali il domestico resterà entro i termini del dritto comune, il quale autorizza la pruova testimoniale del credito, quando questo non oltrepassi centocinquanta franchi, e che obbliga il convenuto a giustificare i pagamenti da lui allegati (**).

Quello che non può affatto mettersi in forse si è che l'articolo 1781-1627 del codice civile dev'essere strettamente limitato a quanto è relativo alle mercedi: unico punto pel quale reputasi che il domestico siasi riportato alla fede del padrone. Per tutto il rimanente, e per esempio, se egli reclamasse delle robe personali, non potrebbesi rifiutare a lui il dritto di far la pruova secondo le regole ordinarie (***).

366. Si può ancora citare come motivata dalla qualità della persona la disposizione del codice di procedura (articolo 133-224), il quale faculta il patrocinatore della parte vincitrice a reclamare il pagamento in suo vantaggio delle spese, dichiarando averne anticipato la maggior parte. La posizione dell'ufficiale ministeriale non permette di supporre che egli voglia compromettere il suo carattere e l'avvenire suo con una dichiarazione mendace. Altronde non trattasi di una discussione in merito tra il patrocinatore ed il suo cliente, ma di una misura provvisoria di esecuzione. Però la pratica costante dei nostri tribunali non esige il giuramento, e quest'uso offre alla fine poco pericolo, perciocchè il patrocinatore può essere obbligato ad esibire il registro che egli deve tenere, a norma dell'articolo 51 della tariffa (numero 344), registro che giustifica l'esattezza delle asserzioni sue [1].

367. Finalmente esistono taluni casi nei quali la necessità stessa obbliga a prestar credito intero alle asserzioni dello attore; ciò avviene quando è impossibile determinare altrimenti il valore reclamato.

In tal caso ha luogo il giuramento

(*) Siffatta quistione è stata troncata dal nostro codice, ove all'articolo 1627, prescrivesi che la dichiarazione del padrone sia accompagnata da giuramento. La stessa disposizione è stata adottata dall'articolo 1803 del codice sardo, e dell'articolo 1671 del codice parmense. Il codice austriaco (arlicolo 1152), e quello ticinese (articolo 874) lasciano al giudice l'arbitrio di determinare la mercede, quando non sia stata altronde fissata.

Parimenti l'articolo 499 delle nostre leggi di Commercio prescrive che la dichiarazione del credito sia giurata. — *Il Traduttore.*

(**) Questa opinione è conforme a quella di Duvergier, t. 2, numero 307, e di Troplong, *locazione*, numero 890.

(***) Uniformi: Duranton, *locazione*, numero 236; Duvergier, tom. 2, numero 306; Toullier, tom. X, numero 338; Zachariae, t. 3 § 371, in fine. Troplong, *locazione*, numero 888, sembra emettere un'opinione contraria. — *Il Traduttore.*

(1) Vedi un arresto della corte di Limoges del 27 agosto 1823.

Digitized by Google

chiamato dagli scrittori *giuramento in litem* (codice civile articolo 1369-1323]. Questa è per altro l'unica applicazione che questo giuramento riceva nel nostro dritto. In Roma esso era parimenti deferito all' attore, quando eravi dolo da parte dell'avversario. Presso di noi si aggiudicano in simil caso dei danni ed interessi più considerevoli, ma che sono sempre fondati sul danno sofferto, ec. » Il *juramentum affectionis*, dice Pothier [1], non ha più vita nei nostri paesi; noi non abbiamo ammesso in essi che il *juramentum veritatis*.»

Si dà luogo a quest'ultimo giuramento quando, essendosi altronde provata una perdita, non può determinarsene l'importanza se non per mezzo della dichiarazione della parte stessa che l'ha sofferto, purchè non sia possibile di ricorrere alla pruova testimoniale, anche per pubblica fama. Questa parte deve allora asserire sulla coscienza, non il prezzo di affezione che essa attribuiva all'oggetto perduto, ma il suo valore effettivo. Così, se un viaggiatore perde le sue robe in una locanda, ove eravi per lui impossibilità morale di dimostrarne il valore; si è in ogni tempo riconosciuto doversi, in simile circostanza, stare alla dichiarazione di lui, tenendo presenti la qualità delle persone e delle circostanze della causa. In tal caso il giudice, come praticavasi quasi sempre in Roma, determina [codice civile articolo 1369-1323] la somma, sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento.

Inoltre, il giuramento prestato non lega il giudice, il quale può ancora, in ultima analisi, se la valutazione gli sembra esagerata, restringere la condanna ad una cifra inferiore. Questo veniva ammesso da Ulpiano, *ex magna causa et postea repertis probationibus* [2]. Tale si è parimenti la dottrina di Beaumanoir [3]: « La « cifra del danno potrebbe bene es« sere grande e rilevante: se però « la pubblica fama indicasse che io « non possedeva in tutto più di cento « lire, ed io volessi asserire con giu« ramento che il danno da me sof« ferto è di cinquecento lire o di « mille, io non sarò creduto; quindi « il danno sarà valutato, a norma « di una pruova sincera raccolta sul« la mia condizione [4]. » Questa teorica è finalmente insegnata da Pothier [5], ed è poco probabile che i redattori del codice civile abbiano inteso allontanarsi da questa regola (*).

SECONDA SEZIONE.

Dichiarazione dell'attore e del convenuto, a scelta del giudice.

Giuramento suppletorio.

368. *Solent judices in dubius causis*, dice Cajo (6), *exacto jure jurando, secundum eum judicare, qui juraverit*. Quest' uso non ha nulla di

(1) Trattato delle obbligazioni, numero 930.

(2) Legge 4, § 3, Dig. *de in litem jurejur*.

(3) Cap. XXXIX, 55 79.

(4) Ecco il te to di Beaumanoir: « Si « nombres du damace porrait bien estre « si grans et si outrageux; si comme se « commune renommée me tesmeignoit que « je n' eusse pas vaillant cent livres en « toutes cozes, et je vouloie jurer mon da« mace à einq cents livres, ou à mille; « je n'en seroie pas creus, encois seroit li « damaces avenables par loial enqueste, se« lonc ce qu'il apartienroit à mon estat. »

(5) Trattato delle obbligazioni, numero 932.

(*) Questa teorica è anche insegnata da Zachariae, § 768. — *Il Traduttore*.

(6) Legge 31, *Dig. de jurejur*.

Digitized by Google

contrario alle regole ordinarie, quando il giuramento è deferito dal giudice al convenuto, perciocchè il di lui avversario potrebbe sempre imporgli lo stesso obbligo, deferendogli il giuramento decisorio. Ma quando siffatto giuramento vien deferito all'attore, esso tende a distruggere la massima salutare ad un tempo e ragionevole, che obbliga l'attore a fornire la pruova. Si suppone in tal caso nel giuramento una efficacia che viene pur troppo smentita dall'esperienza.

Per siffatta ragione questo genere di pruova era caduto in discredito nell'antica nostra giurisprudenza: « I giuramenti suppletorii, dice Papon, non sono ammessi nel parlamento di Parigi, perchè pregiudizievoli all'eterna salute, perciocchè si è conosciuto che i costumi degli uomini, invecchiati peggiorando, sono depravati a segno da disprezzare questo sagramento per piccola cosa. » Ma non si seppe conservare questa saggia pratica, e nell'ultimo secolo l'uso del giuramento suppletorio era ritornato ad essere estremamente frequente. È nota la dichiarazione che Pothier fa in proposito nel suo trattato delle obbligazioni, numero 925: « Da più di quarant'anni che io esercito la mia professione [egli parla qui come giudice, e non come professore] ho veduto un'infinità di volte deferire il giuramento, ma non ha veduto che sia successo più di due volte che una parte sia stata dalla religione del giuramento ritenuta dal persistere nell'assunto suo [1]. »

Se questo espediente può presentare qualche utilità, ciò è solamente nei casi affatto particolari, in cui la buona reputazione di una parte può supplire a quanto havvi d'incompleto nelle pruove da lui invocate. Ma il numero degl'inconvenienti oltrepassa di gran lunga quello dei vantaggi. Tuttavia la nostra legislazione ha ammesso il giuramento suppletorio in materia civile; essa l'ha però respinto in materia penale, mentre esso è mantenuto presso altre nazioni, come vedremo nel fine.

PRIMA DIVISIONE.

Uso del giuramento suppletorio in materia civile.

369. In quali casi il giudice ha egli facoltà di deferire questo giuramento? Il codice civile [articolo 1357-1321], il quale riproduce la teoria dei nostri antichi scrittori, non si spiega molto chiaramente sull'assunto. « Il giudice, si dice in esso, non può deferire *ex officio* il giuramento, sia sulla domanda dell'attore, sia sulla eccezione opposta, se non colle seguenti due condizioni: 1, che la domanda o la eccezione non sia pienamente provata; 2, che le medesime non siano mancanti totalmente di pruova.— Fuori di questi due casi, il giudice deve ammettere o rigettare

(1) Portalis si espresse in questi termini al consiglio degli Anziani, in proposito del giuramento imposto ai sacerdoti dalle leggi rivoluzionarie: « Sarebbe stato degno del nostro secolo riconoscere che il giuramento è una pruova ben debole per uomini civilizzati e raffinati; che esso è necessario solamente presso popoli non dirozzati, ai quali la falsità o il mendacio costa meno dello spergiuro, ma che nei nostri costumi questa augusta cerimonia non è altro che una formalità oltraggiante pel cielo, inutile per la società ed offensiva per coloro ai quali s'impone l'obbligo di sottomettervisi. »

Digitized by Google

« puramente e semplicemente la do-
« manda (*). »

Risulta bene da questo, senza dubio, che il giuramento non può essere deferito *ex officio* nei due casi estremi in cui la pruova sia completa, ovvero manchi totalmente; ma qual'è la posizione media nella quale ha il giudice la facoltà di deferirlo?

Era questo un punto che, presso i Romani, abbandonavasi alla prudenza del giudice, e gli antichi interpreti non definiscono se non molto vagamente quello che essi intendono per pruova *semi-piena* [1]. Ma, nella nostra legislazione che esclude la pruova testimoniale delle convenzioni di cui l'oggetto oltrepassi centocinquanta franchi, è molto naturale il sottoporre alla stessa restrizione il giuramento suppletorio, il quale è ben più pericoloso della testimonianza dei terzi. Per questa ragione la dottrina e la giurisprudenza spiegano l' articolo 1367–1321 nel senso di essere permesso al giudice di deferire il giuramento nel casc in cui la pruova testimaniale è am messibile (**).

All'incontro, ove non esista restr zione alla pruova testimoniale, i gir dici hanno un potere assoluto p

defer
Ma
thier
non
d'ar
am
di
pl
pa
p
al
p
s
t

(*) Il giudice non può deferire il ramento *ex officio* senza valutare le pr che sonosi raccolte sulla domanda od cezione. — Corte suprema di Napoli, tobre 1850, *Sorrentino e Sciarra*. V. *zetta dei tribunali*, numero 520, pag. È censurabile una decisione per av messo di discutere a chi dei conte si dovesse deferire il giuramento s torio.—Corte suprema di Napoli, 5 tembre 1849, *Carchedi* e *Maffei*; v zetta del Tribunali, numero 435, pa —*Il Traduttore*.

(1) « Hoc intelligendum, dice « lin (sul titolo I° del codice),

Digitized by Google

causa [*]. Però, in parità di cose, egli dovrà dirigersi verso il convenuto, perciocchè l'affermazione dell'attore nella propria causa non debbe ammettersi, quando non siavi cosa che faccia in suo favore traboccare la bilancia (**).

Havvi un caso nel quale la legge medesima fa la scelta: si è quando un commerciante, ai registri del quale l'altra parte dichiara di prestar fede, ricusa di esibirli [codice di commercio, articolo 17-23]; in tal caso il giuramento dev'essere deferito a colui che ha chiesto siffatta presentazione. Il rifiuto di esibire i libri è, infatti, una presunzione grave contro l'avversario. In casi simili, quando sorga una grave presunzione contro una delle parti, per ragione della condotta da lui tenuta nel giudizio, come, per esempio, quando essa abbia negato un fatto che trovasi in prosieguo nitidamente stabilito, i giudici si conformeranno allo spirito della legge, deferendo sempre il giuramento all'altra parte [***].

371. Si è domandato se il giuramento possa essere deferito *ex officio* sopra un fatto che non sia personale all'altra parte: nel silenzio della legge, ci sembra impossibile autorizzare i giudici a mettere un li-

tigante in mo
ramento un fa
estraneo. Inv
in questo sens
di cassazione
questa permi
pletorio (1),
stito fatto all
questo adunq
era che un g
lità, e noi ab
simile giuram
rito, anche d
mero 345
decisorio sup
personale.

372. La pres
suppletorio no
niera perentor
quella del giu
trattasi più ir
sazione, ma c
ordinario, al
ha prestato a
adunque lecit
sa di appello l
te avversa, s
giuramento d
dice di appel
insegnava Pot
ramento a que
le il primo gi
dirigersi (****)

(*) Uniformi: Duranton, tomo XIII, numero 616, e Zachariae, § 767.—*Il Traduttore.*

(**) Zachariae, § 767 opina che in parità di cose, il giuramento debba essere deferito a quella delle parti la quale produca un principio di pruova in appoggio della sua domanda o della sua eccezione. Duranton, tomo XIII, numero 619, segue anch'egli la stessa teorica.—*Il Traduttore.*

(***) Uuiformi Zachariae e Duranton, *luoghi citati.—Il Traduttore.*

(1) Arresto del dì 8 dicembre 1832.

(2) Gajo, legge 31, dig. *de jurejur.*

(3) Trattato delle obbligazioni, num. 490.

(****) Questa
gnata da Duran
613 e 623, e d
ro 40.

La Corte Su
meno deciso cl
giuramento def
mento di pruov
giunte nuove e
trario, il giudic
la sua sentenz
to. — Arresto
causa Sansone
1851, nella ca
V. Gazzetta de
pag. 34, e nume
duttore.

Digitized by Google

Per la stessa ragione, il codice, conformemente all' antica dottrina, non riproduce, relativamente al giuramento deferito *ex officio*, la disposizione che vieta di provare la falsità del giuramento deferito o riferito [codice civile articolo 1363-1317]. Non v' ha cosa che m'impedisca di costituirmi parte civile e reclamare danni ed interessi, quando la giurisprudenza criminale è chiamata a valutare la sincerità di un giuramento al quale io non ho mai avuto l'intenzione di sottopormi [1].

373. Il rifiuto di prestar il giuramento suppletorio farà quasi sempre perdere la lite alla parte interpellata a giurare. Ma questo debbe intendersi nel senso che ciò avverrà il più sovente nel fatto. In tesi generale, il rifiuto di giurare non è più considerato qui come una confessione tacita. Applicasi il principio di cui sviluppammo sopra (numero 206 e seg.] il vero senso, che il giudice non è legato da una sentenza interlocutoria. Se, per esempio, siasi rinvenuto un documento decisivo, dopo essersi prestato il giuramento si è con ragione deciso che il tribunale può ritornare sulla delazione del giuramento (2). In simil caso il rifiuto di prestar giuramento non nuocerebbe punto alla parte, i di cui dritti si trovassero così chiaramente addimostrati.

374. Un punto sul quale la legge è positiva si è l'impossibilità di riferire il giuramento *ex officio* [codice civile articolo 1368 1322.] Si comprende bene che la fiducia accordata dal giudice ad uno dei litiganti è assolutamente personale [*].

(1) Vedi un arresto di rigetto del 20 gennajo 1843.

(2) Limoges, 23 marzo 1825; Tolosa, 3 luglio 1827.

(*) Il giuramento suppletorio può deferirsi in qualunque stato della causa, e sinanco dopo la lettura delle conclusioni all'udienza. — Corte Suprema di Napoli, arresto del 24 febrajo 1849, *De Nigro e Giusto* V *Gazzetta dei tribunali*, numero 371, pag. 471.

La sentenza che ordina un giuramento suppletorio, quantunque qualificata per interlocutoria, è diffinitiva perchè dichiarasi che la domanda o la eccezione non è giustificata; quindi l'appello da una tale sentenza è ammessibile. — La stessa Corte, arresto del 23 aprile 1850, nella causa *Tartaglia e Gentile*, e del 25 febrajo 1851 *Del Creato e De Rensis (V. Gazzetta dei tribunali*, numero 431, pag. 113, e numero 564, pagina 345). Siffatta sentenza però non potrebbe andar soggetta alla censura della Corte Suprema, perchè risolve solamente una quistione di merito. — La stessa Corte, arresto del 27 giugno 1846 nella causa *Di Cristofaro ed Aversana*. — *Gazzetta dei tribunali* num. 57, pag. 422.

— Deve reputarsi suppletorio, e non decisorio il giuramento deferito subordinatamente alle difese in merito, e dopo avere esaminato tutti i mezzi di forma e di dritto, poichè la parte che in tal guisa lo propone, non ha fatto dipendere unicamente da esso la decisione della lite. Cassazione, 31 dicembre 1841, e 30 ottobre 1819; Colmar, 5 febrajo 1834, e 7 marzo 1835; Limoges, 23 febrajo 1843; Merlin, *Repert. v. Giuramento* § 2, art. 2, numero 7; Favard, *Repert.* v. Giuramento sezione 3, § 2, num. 6; Toullier, num. 404 e 405. Altre decisioni, senza spingersi tant'oltre come le precedenti, hanno deciso che quando il giuramento non sia stato deferito che sussidiariamente, il giudice possa, secondo le circostanze, considerarlo come un semplice giuramento suppletorio, ovvero come un giuramento decisorio. v. cassazione, 22 novembre 1853 e 8 novembre 1838; Pau, 3 dicembre 1829. Zachariae, § 753, num. 3 combatte fortemente questa teorica. — *Il Traduttore*.

Digitized by Google

SECONDA DIVISIONE.

Rigetto del giuramento suppletorio in materia criminale.

375. Possono concepirsi, in materia criminale, tre sistemi relativamente al giuramanto suppletorio. La legge può permettere di deferirlo all'accusatore, onde corroborare l'allegazione sua; essa può farne, all'incontro, un mezzo di difesa per l'accusato, e chiamasi allora *giuramento purgativo*; finalmente essa può proscrivere qualunque giuramento dell'una o dell'altra parte nelle cause criminali: ciascuno di questi sistemi corrisponde ad un periodo diverso nello stato della civilizzazione e della legislazione penale.

376. Il primo sistema appartiene all' infanzia della giustizia penale. Che si presti fede alla dichiarazione dell'attore, per quanto concerne gl'interessi suoi pecuniarii, è cosa tollerabile, almeno, come noi abbiamo veduto, in talune circostanze; ma disporsi della vita o dell' onore di un accusato, perchè il giuramento dell' accusatore sia venuto a corroborare una pruova incompleta, è un sistema deplorabile, che non è necessità che si ammetta nei paesi dove l' accusa è abbandonata ai privati. Quando trovansi in azione interessi così sacri, debbesi strettamente osservare l'antica regola: *actore non probante, reus absolvitur*.

Presso i popoli primitivi che hanno conservato una gran fede alla parola dell' uomo, ed in uno stato di civilizzazione in cui riesce difficile somministrare delle pruove regolari, noi troviamo l'uso di tal giuramento. Le leggi galliche [1] autorizzavano a provare l'accusa del furto manifesto col giuramento dell'accusatore e di tre altre persone, prestato alla porta del cimitero, alla porta della chiesa, e finalmente sull'altare: esse prestavan fede parimenti al giuramento della donzella in materia di attentato ai costumi, il che richiama l'antica nostra massima: *creditur virgini juranti se ex Titio praegnantem*.

Cotesto sistema non ritrovasi oggi che nelle contrade d' Oriente, ove la giustizia criminale si amministra colla massima leggerezza. In quei paesi il legislatore, supplendo alla qualità delle pruove col loro numero, autorizza a provare l' assassinio col mezzo di *cinquanta giuramenti* prestati dai parenti della vittima (2). Non rinviensi per nulla un simile abuso del giuramento in Atene o in Roma. Vi si vede nonpertanto l' accusatore offrire spontaneamente il suo giuramento, il quale, sebbene non abbia una forza perentoria, entra tra gli elementi di convinzione del giudice [3]. Ma, qualunque siasi il sistema d' istruzione criminale adottato presso le nazioni dell'Europa moderna, il giuramento suppletorio dell'accusatore è universalmente respinto, non meno che il giuramento decisorio nel criminale.

377. Non avviene lo stesso del giuramento purgatorio, l' uso del quale sussiste tuttavia presso taluni popoli civilizzati. La facoltà di deferire il giuramento all' accusato è

(1) Legge Wall. Edit. Wotton, libro III, capo III, § 31.

(2) Vedi gli *studii sulla legge musulmana*, del signor Vincent, pag. 65 e seguenti.

(3) Vedi il giuramento solenne dell'accusatore nella difesa di Demostene contro Conon, § 14.

Digitized by Google

infatti molto più favorabile, perciocchè esso tende a liberarlo, anzichè ad aggravarne la posizione, purchè, però si riconosca, quello che per altro ritiensi per certo nello stato attuale della scienza, che il rifiuto di prestar giuramento non potrebbe considerarsi come una confessione tacita.

Il giuramento purgatorio aveva nel medio evo acquistato un'estrema importanza. Nei costumi germanici, l'accusato conduceva con lui un certo numero di parenti o di amici, che giuravano con lui (*conjuratores* [1]). Nei primi tempi l'instituzione dei congiuratori non altro era che una trasformazione delle guerre private. I membri della stessa famiglia e della stessa tribù, chiamati in tal modo in giudizio, non rendevano affatto una testimonianza propriamente detta, ma sostenevano la causa dell'accusato col giuramento loro, come essi l'avrebbero sostenuto colle armi alla mano.

In prosieguo la Chiesa s' impadronì di questa istituzione, che venne chiamata *purgatio canonica*, e la trasformò in un modo di pruova regolare. L'applicazione ne fu ristretta al caso in cui le pruove erano incerte e leggiere. Trovansi degli esempii dell'uso di questi *conjuratores* in Germania sino al 1548; in Isvezia, un' ordinanza di Cristina, (§ 4) lo consagrava ancora nel 1653. E nel dritto comune germanico, il solo giuramento purgatorio deferito all'accusato sopravvisse all'abolizione del giuramento colettivo. Ma esso oggi non si usa più che nelle materie non capitali, in caso di gravi sospetti contro persone i di cui antecedenti siano altronde onorevoli.

Questo giuramento si lega *all'absolutio ab instantia*; esso permette di ottenere una liberazione assoluta, invece di rimanere sempre sotto il colpo dell' accusa. Trovasi parrimente nelle antiche leggi inglesi l' ammessione dell' offerta di affermare dalla parte del convenuto, quando non trattavasi che di una semplice ammenda. « La legge, dice « Blackstone (2), nella semplicità de« gli antichi tempi, non presumeva « che un uomo volesse rendersi sper« giuro per tutti i beni di questo « mondo. »

378. Ma in una civilizzazione più inoltrata e più corrotta, non è più lecito al legislatore d'avere simil fede nella morale degli uomini. Il giuramento purgatorio deve sparire, come è sparito sin da molto tempo presso i popoli moderni il giuramento deferito all' accusatore. In Inghilterra, sin dal tempo di Blackstone [3], si pensò di sostituire alle azioni nelle quali il convenuto era ammesso ad affermare, talune azioni novelle, nelle quali tale affermazione non era ammessibile. La nostra giurisprudenza francese ha sin da molto tempo respinto qualunque giuramento suppletorio nel criminale. È da sperarsi che in Germania il giuramento purgatorio [4], di cui l' applicazione diviene di giorno in giorno più rara, non sia più destinato ad una lunga esistenza.

(1) In tal guisa tre vescovi e trecento signori affermarono solennemente la legittimità di Clotario II, per discolpare sua madre, la celebre Fredegonda.

(2) Questo giuramento venne abolito in Toscana dall'articolo 6 della legge del 1785.

(3) *Loco citato*.

(4) Mittermayer, capo LVI e seguenti.

Digitized by Google

LIBRO SECONI

PRUOVE PRECOSTI

(GENERALMENTE SCRITTI

379. Noi abbiamo riconosciuto essere necessario, in uno stato di civilizzazione inoltrata, determinare con anticipazione talune pruove, facili a conservarsi, che possano ritrovarsi posteriormente, quando se ne farà sentire il bisogno. Su quale base riposerebbe la fede dei contratti e la stabilità della proprietà, se, per provare i dritti di maggiore rilievo, non altro mezzo vi fosse che la memoria dei terzi o le dichiarazioni delle parti interessate? Nel trattare della pruova testimoniale noi scorgemmo che quanto più i rapporti sociali sono complicati, tanto più si è conosciuta l'utilità di pruove che sfuggano a quei rischi di corruzione, di errore o di mortalità, che rendono tanto pericoloso l'uso della pruova testimoniale.

L'utilità delle pruove precostituite non è contrastata da alcuno. Un solo punto può dar luogo a quistione: l'uso di tali pruove deve rimanere facoltativo, ovvero può essere obbligatorio p
secoli, la legi
principalmer
venire le liti
st'ultimo sist
che questo s
sti costumi
dar luogo a
taluni casi e
ricolo di fro
in bilancia
d' impedire
per lo meno
base certa d
la cosa sia p

380. La
confonde ord
va letterale.
da tempo im
perata la s
la memoria
ridici, non
dei quali bra
cia in un inte
to. Ma può
tuita senza s

(1) Nella recente discussione sull'abrogazione dell'articolo 1781-1626 del codice civile (mun. 352), si fecero talune objezioni contro il sistema delle nostre leggi sulla pruova t
esse non abbia
grande maggio
del 10 maggio

Digitized by Google

cia uso di segni ai quali si attacchi un'idea ben chiara, perciocchè il significato che si attribuisce ai caratteri scritti, non è, alla fine, che l'effetto di una convenzione, e nulla havvi nella natura delle cose che c'impedisca di adottare altri segni per esprimere le nostre idee. Senza parlare dei geroglifici, i quali sembra che siano stati l' infanzia della scrittura, è noto che i Peruviani, per attestare i fatti più rilevanti, adoperavano dei *quipos*, cordoni di varii colori, che essi annodavano in differenti maniere. Ogni colore, ogni nodo aveva un valore particolare. Questa era evidentemente una pruova precostituita. Le *tacche*, che sono ancora consagrate dal codice civile, sono un metodo assolutamente simile; in sostanza, non essendo la scrittura se non l' espressione delle nostre idee per mezzo di taluni segni, possono tali metodi farsi rientrare nell' espressione generale di scrittura.

Ma, all'infuori di questa concessione fatta ad usi antichi, le nostre leggi richiedono l'uso della scrittura propriamente detta, quando vuolsi con anticipazione assicurare una pruova, ed in questo senso è vero generalmente presso di noi, come presso tutti i popoli civilizzati, che la pruova precostituita si confonde colla pruova letterale. Bene inteso però che non ogni scittura costituisce una pruova letterale nel senso della parola. Per avere questa autorità, è mestieri che essa riunisca taluni caratteri, in difetto dei quali essa degenera in una semplice nota, la quale può in ultima analisi divenire una presunzione contro colui che ne è l' autore, ma che non ha giammai contro di lui la forza di una pruova legale. In tal guisa le lettere di corrispondenza, quando si suppongano prodotte in giudizio col consenso del terzo al quale esse sono dirette, costituiscono un elemento di convinzione che il giudice ha un potere assoluto per ammettere o per rigettare, a norma delle circostanze. Quindi la corte di cassazione ha del pari rigettato il ricorso contro gli arresti che avevano ricusato di prendere in considerazione simili lettere [1], e contro un arresto che le avea fatto entrare fra' documenti della causa [2].

381. Sventuratamente non havvi nella nostra lingua espressione speciale per designare le scritture rivestite di talune forme, che servono ad attestare una data convenzione od un dato fatto. La parola latina *instrumentum*, che esprimerebbe esattamente quest' idea, non si ritrova presso di noi che nella voce *instrumenter* (istrumentare), relativa alle funzioni dei notai, e nell'aggettivo *instrumentaire*, (istrumentale), applicato ai testimonii che l'assistono. Egli è vero che Boileaux nella satira X adopera *instrument* (instrumento), nel senso della voce latina *instrumentum*;

Et déja le notaire a, d'un stile energique
Griffonné de ton joug *l'instrument* authentique,

ma il vocabolo è di troppo invecchiato oggi in questo significato, nè è possibile farne uso. È quindi necessità di adoperare insieme colla legge espressioni che sono parimenti usate in un altro senso. Così, la parola *atto* denota ad un tempo quello che è avvenuto, *quod actum est*, e lo scritto redatto per attestare quello

(1) Arresto di rigetto del 4 aprile 1821 e del 12 giugno 1823.

(2) Arresto di rigetto del 31 maggio 1842.

Digitized by Google

che è avvenuto. La parola *titolo* (1) indica ad un tempo la causa in virtù della quale io posseggo una cosa, una rendita, una donazione per esempio, e lo scritto destinato ad attestare l'esistenza di siffatta causa. Da ciò frequenti equivoci; perciocché nel dritto, come nella metafisica, moltissime controversie non si aggirano che sopra quistioni di parole. Questi equivoci non avvengono solamente nelle scuole, ove non potrebbero arrecare molto gravi conseguenze; essi sonosi riprodotti nella pratica giudiziaria e sinanco nella redazione delle leggi [*].

Un notajo aveva steso *l' atto* che attestava, in favore di una persona interposta, la cessione di un credito, del quale era egli stesso il vero cessionario Si provocò contro di lui l'applicazione dell'articolo 175-213 del codice penale, il quale fulmina delle pene molto gravi contro l'uffiziale pubblico che prenda interesse negli *atti*, appalti, o aggiudicazioni, di che egli abbia avuto al tempo dell'*atto*, in tutto o in parte, l'amministrazione o la sorveglianza(**). Ebbene! i procedimenti del pubblico ministero, come venne, dopo una lunga procedura, deciso, a 18 aprile 1817, dalla corte di cassazione, non poggiavano che sopra un evidente equivoco. *L'atto* di cui il notajo aveva l' amministrazione, la sorveglianza, era l'atto scritto, *l'instrumentum*; *l' atto* nel quale egli aveva preso interesse, era *id quod actum erat*, la cessione, della quale egli non aveva per nulla la sorveglianza, perciocchè il cedente era egli stesso presente per vegliare sui proprii interessi. Eranvi nella specie due operazioni ben distinte, sebbene simultanee; l'una, la stessa cessione fatta in vantaggio del notajo, perfettamente lecita, perciocchè il dritto non era litigioso (2), l'altra, la redazione dell'atto attestante la cessione, redazione che il notajo interessato nella cessione non poteva fare senza commettere una nullità legge del 25 ventoso anno XI, articolo 8-8 e 68). Ma questa nullità dell' atto che doveva far prova della cessione,

(1) L'espressione di titolo applicasi più specialmente agli atti autentici. Il codice civile intitola i due primi paragrafi della sezione della pruova letterale: *del titolo autentico, e dell'atto sotto firma privata*(*).

(*) Sebbene nella nostra lingua la parola *istrumento* sia in uso per denotare la scrittura in cui si attesti un atto, pure le nostre leggi adoperano promiscuamente i vocaboli *atto* ed *istrumento*. La parola *rogito* è adoperata unicamente pegl' istrumenti notarili. v. la legge sul notariato. — *Il Traduttore.*

(**) L'articolo 213 delle nostre leggi penali, correggendo la redazione del codice francese, ha tolto l'equivoco nascente dalla parola *atto* così promiscuamante adoperata. Ecco in che modo esso è concepito: « Ogni uffiziale pubblico o impiegato qualunque che apertamente, o con atti simulati, o con interposizione di persone prenda un interesse privato nelle aggiudicazioni, appalti e amministrazioni, sia che egli ne abbia in tutto o in parte la direzione o la vigilanza, sia che l'avea nel tempo in cui queste aggiudicazioni, appalti o amministrazioni son cominciate, verrà punito con sei a venti anni di interdizione dai pubblici uffizii, e con un'ammenda da cento a quattrocento ducati. » — *Il Traduttore.*

(*) Il nostro codice si serve delle espressioni: *del titolo autentico, e della scrittura privata.*

(2) Quand'anche fosse stato litigioso, il che sembra non si fosse allegato nella specie, vi sarebbe stata nullità della cessione, se il dritto fosse stato della competenza del tribunale nella giurisdizione del quale il notajo esercitava le sue funzioni (cod.civ. articolo 1597-1442), ma non per questo i procedimenti erano meglio fondati, perciocchè il codice penale non colpisce di alcuna pena la cessione illecita di crediti litigiosi.

Digitized by Google

non poteva *ex post facto* renderla illecita, nè mettere affatto l'ufficiale pubblico sotto il colpo di disposizioni penali, destinate a punire prevaricazioni di gran lunga più gravi di una semplice contravvenzione disciplinare. Vedesi bene che i procedimenti conducevano perfettemente al falso.

Noi ritroviamo nella stessa legge questa deplorabile confusione tra il fatto e la pruova del fatto. « Le servitù continue ed apparenti, dice « l'articolo 690-611 del codice ci« vile, si acquistano in forza di un « titolo, o col possesso di trent'an« ni. » Se, per titolo, dovesse intendersi in quest'articolo, il modo di di acquistare in merito la servitù, la prescrizione sarebbe un titolo al pari di una donazione, di una vendita, perciocchè anch'essa è uno dei modi di acquistare la proprietà. Mettendo il titolo in contrapposto della prescrizione, il codice civile ha avuto di mira l'atto scritto, il quale serve ordinariamente a far pruova dell'alienazione volontaria della servitù, in opposizione al possesso di trent'anni.

Ad ogni modo la redazione è viziosa non meno che inesatta: viziosa, perciocchè non si acquista per mezzo del titolo, *instrumentum*, ma pel modo di costituzione che vien provato da questo titolo; inesatta, perciocchè gli atti scritti non sono il solo modo di stabilire l'esistenza della servitù, la quale può essere stabilita per mezzo della confessione, del giuramento, e sinanco colla pruova testimoniale, quando il valore non oltrepassi centocinquanta franchi. Tutto questo deriva da una confusione frequente nella pratica, ma che non dovrebbesi ritrovare nella legge, tra il modo di costituzione che serve di *titolo*, nel merito, alla servitù, e il *titolo* scritto, destinato a perpetuare la memoria di questa costituzione [1]. Lo stesso debbe dirsi del vocabolo *atto*, il quale, nell'articolo778-695 dello stesso codice, denota successsivamente *l'instrumentum* e *id quod actum est*.

Le saggie osservazioni della scuola di Condillac, del quale però non possiamo approvare le tendenze sensualiste, sull'utilità di una lingua bene appropriata nelle scienze, sono in questo caso perfettamente applicabili. Sventuramente non è dato a noi riformare la lingua del dritto. Noi quindi adopreremo colla legge le parole usitate, scansando però gli equivòci simili a quelli da noi pur ora indicati.

382. Le pruove precostituite non sono che l'espressione della testimonianza delll'uomo, rivestita di talune forme. Noi abbiamo veduto che la testimonianza può emanare da terzi estranei al litigio, dal convenuto o dallo stesso attore. La circostanza che la testimonianza ha luogo qui al momento dell'operazione legale da essa attestato, invece di essere provocata dopo il fatto, non impedisce che essa derivi sempre da una di queste tre sorgenti.

La divisione di questo libro sarà dunque la medesima di quella del libro precedente. Noi ritroveremo nell'atto autentico la testimonianza precostituita di terzi disinteressati; nella scrittura privata, alla quale annoderemo le tacche, la testimonianza precostituita del convenuto; finalmente quella dello stesso attore nei registri del mercatanti.

La forza di questi tre modi di pruo-

(1) Caduti nella medesima confusione taluni scrittori richiedono un atto per istabilire il *giusto titolo*, in sostegno della prescrizione di dieci o di venti anni, come se per *giusto titolo* dovesse intendersi altra cosa che una giusta causa di possesso, salvo a provare per le vie ordinarie l'esistenza di questa causa.

Digitized by Google

va segue una progressione decrescente. La testimonianza di terzi, registrata in un atto autentico, ben lungi dall'essere sospetta come la testimonianza orale propriamente detta, è la pruova legale per eccellenza, per ragione della fiducia che impone il carattere dell'officiale pubblico, dal quale esso deriva. Viene poscia la confessione contenuta nella privata scrittura, la quale, circondata da minori guarentigie, è collocata in una sfera inferiore. Finalmente le dichiarazioni che fanno i mercatanti in loro favore, nei loro registri, non hanno di necessità che una fede relativa e ristretta.

383. Noi ci occuperemo in ultimo luogo delle copie e degli atti di ricognizione, val quanto dire della pruova letterale in secondo grado. Per quanto concerne *gli atti di conferma*, il legislatore, trascinato da una rassomiglianza ingannevole tra questi atti e quelli di ricognizione, ha molto male a proposito trattato di essi sotto la rubrica della pruova. A dir vero, queste due specie di atti hanno questo di comune che essi tendono a dar forza ad un dritto anteriore, ed in questo senso gl'interpreti chiamano *confirmatio* lo stesso atto di ricognizione; ma la conferma che si rinviene nell'atto di ricognizione, tende solamente a conservare la pruova di un dritto che non s'impugna; mentre la conferma propriamente detta, quella di cui parlasi negli articoli 1338-1292 [1], 1339-1293 e 1340-1294 del codice civile tende a validare nel merito un'operazione infetta di null'ità. Il posto naturale di quest'articolo sarebbe stato adunque nella sezione VII del capitolo precedente, sezione che tratta dell'azione di nullità o di rescissione, e non in quello della pruova letterale. Anche qui è il doppio significato della parola *atto* che ha ingannato il legislatore. L'atto di conferma di cui parla il codice, è la conferma del merito, *id quod actum est;* mentre non dovrebbesi far parola che dell'atto scritto, *instrumentum*, destinato a provare il dritto. Pothier non cadde in questa confusione. Gli atti di ricognizione sono i soli che egli comprenda nella pruova letterale. Noi seguiremo l'esempio di lui, e ci asterremo dal metter mano alla teorica delle nullità e delle rescissioni, la quale è assolutamente estranea alla materia delle pruove.

PRIMO MODO DI PRUOVA PRECOSTITUITA.

TESTIMONIANZA DEI TERZI.

ATTO AUTENTICO.

384. La pruova precostituita che deve inspirare maggiore fiducia, è quella che è l'opera di ufficiali pubblici, incaricati specialmente di ricevere le dichiarazioni delle parti. Gli atti redatti da questi ufficiali sono chiamati *autentici*, per ragione della presunzione di verità che vi si lega. La parola *autentico*, la quale, nel suo più esteso significato, denota qualunque scritto pubblico o privato di cui la vera origine sia resa ben certa, come quando si ricerca se un dato libro attribuito ad un dato

(1) Si può dire tuttavia che il primo comma dell'articolo 1338-1292, richiedendo varie menzioni per la validità dell'atto di conferma, rientra nella materia delle pruove, per quanto concerne la necessità di tali menzioni onde provare un consenso formale. Ma questa è la parte meno importante del subjetto. Le quistioni delicate, per esempio, l'effetto della conferma relativamente ai terzi, sono tutte di merito, e quindi completamente straniere alla materia nostra.

Digitized by Google

autore sia bene autentico, riceve nella nostra pratica giudiziaria un senso più ristretto. Secondo l'articolo 1317-1271 del codice civile, « l'atto au« tentico è quello ricevuto da ufficiali « pubblici autorizzati ad attribuir« gli la pubblica fede nel luogo in « cui l'atto si è steso e colle solen« nità richieste. »

385. L'immensa utilità di questa pruova spinse i redattori del codice, preoccupati della pratica anzichè di una sana teorica, a collocarla in prima linea fra le pruove consagrate dalla legge. E pernondimeno essa è ben lontana dal presentare la dimostrazione diretta dei fatti che trattasi di stabilire.

La fede che vi si attribuisce poggia sopra una doppia presunzione: 1, che la carta prodotta in giudizio sia realmente l'opera dell'ufficiale di cui porta la firma apparente; 2, che la testimonianza resa da quest' uffiziale nell' esercizio delle sue funzioni sia ben sincera. La prima supposizione è fondata sulla difficoltà d'imitare gli atti autentici, circondati da sì numerose formalità, e sulla severità ancora maggiore del codice penale [articolo 147-291 e 150-293], il quale punisce dei lavori forzati a tempo il falso in iscrittura pubblica, e della reclusione semplicemente in iscrittura privata[*]. La seconda supposizione poggia sopra le guarentigie che offrono il carattere e la posizione dell' uffiziale pubblico, e sulla penalità rigorosa, i lavori forzati a perpetuità [ibid., articolo 145 e 147] [**], che lo colpisce nel caso di prevaricazione. Quest'ultima disposizione rientra nelle regole ordinarie sulla fede alla testimonianza. Ma la prima non è altro che una presunzione di fatto, una probabilità, che i bisogni della pratica hanno trasformato in presunzione legale. Questa fede che si attribuisce, non già solamente all' atto autentico, ma all' apparenza sinanco di quest'atto, è il carattere il più marcato che lo distingue dalla scrittura privata, la quale non ha forza se non quando è riconosciuta o debitamente verificata.

386. L'autenticità si ritrova in tutti gli atti che emanano dall' autorità pubblica, nelle leggi, negli atti amministrativi. Noi ci occuperemo qui solamente dell' autenticità giudiziaria, in materia civile ed in materia criminale.

Esamineremo primieramente quali siano le forme e quale l'autorità degli atti autentici, pria nel civile, indi nel criminale. Noi tratteremo in prosieguo della procedura per mezzo della quale si fa cadere la fede che si attribuisce all' autenticità, cioè dell'iscrizione in falso.

(*) La pena del falso in iscrittura pubblica, per l'art. 291 delle nostre leggi penali, è del primo al secondo grado dei ferri; quella del falso in iscrittura privata è della reclusione.—*Il Traduttore.*

(**) La pena fulminata dal nostro codice penale, (articoli 287 e 288) contro l'uffiziale pubblico, è del terzo, o del secondo grado dei ferri, secondo che la falsità sia stata commessa con false soscrizioni, con alterazione degli atti, delle scritture o soscrizioni, con supposizione di persone, con iscritture fatte o inserite nei registri o in altri atti pubblici dopo la loro formazione o chiusura; ovvero disnaturando fraudolentemente la sostanza o le circostanze, sia scrivendo convenzioni diverse da quelle che sarebbero state dettate o distese dalle parti, sia dichiarando come veri fatti falsi, o come fatti riconosciuti quelli che non lo sono.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

PRIMA SEZIONE.

ATTO AUTENTICO IN MATERIA CIVILE.

387. Gli atti autentici per eccellenza, quelli ai quali si riferiscono principalmente le disposizioni del codice civile, sono gli atti notarili, dei quali ci occuperemo in primo luogo. Gli sviluppi che daremo su questi atti, ci dispenseranno dall'entrare in dettagli poco interessanti sopra gli atti autentici ricevuti da altri uffiziali pubblici, atti che sono in sostanza regolati dagli stessi principii. Esamineremo però separatamente le quistioni delicate cui dà luogo la fede degli atti dello stato civile.

PRIMA DIVISIONE.

Atti notarili.

388. L'istituzione di uffiziali speciali che hanno carattere per dare l'autenticità agli atti che attestano le convenzioni delle parti, è per modo radicata nei nostri costumi giudiziarii, che ci sembra che essa debba esistere presso tutti i popoli civilizzati. « Periret omnis judicio« rum vis, dice Chassanée [1], nisi « essent notarii, qui acta conscribe« rent: periret ipsa veritas et fides « in contractibus et commerciis. » Eppure il notariato, quale esso trovasi costituito presso di noi, non esisteva in Roma, ed oggi ancora noi non lo ritroviamo nell'Austria e nell'Inghilterra (2).

389. Eranvi, egli è vero, in Roma dei tabellioni, i quali, stabiliti nel *foro*, redigevano, ad istanza delle parti, le scritture attestanti le loro convenzioni; ma tali scritture, anche nell'ultimo stato del dritto, quando la scrittura aveva acquistato una grande importanza, non avevano affatto l'autorità che si attribuisce ai nostri atti notarili. Era necessario che lo stesso tabellione fosse venuto a riconoscere la scrittura, e ad affermarne con giuramento la sincerità; se egli era morto, chiamavansi i testimonii che aveano assistito all'atto, e procedevasi ad una verificazione di scrittura [3].

Scorgesi bene da questo che gli atti dei tabellioni, *scripturae forenses*, non offrivano alle parti se non una guarentigia estremamente imperfetta.

Era questa, in sostanza, la pruova testimoniale applicata alla confezione dell'atto, sul quale il tabellione ed i testimonii venivano a deporre, come avrebbero deposto sopra qualunque altro fatto.

Per quanto concerne i *notarii*, essi non erano uffiziali aventi missione di ricevere le convenzioni delle parti, essi erano dei semplici scribi, ordinariamente pubblici schiavi, i quali scrivevano con abbreviature (*notis*, d'onde nacque il nome loro) atti di qualsivoglia natura. Ve n'erano di quelli addetti ai tabellioni, altri ai magistrati. Essi redigevano il quaderno, che il tabellione metteva poscia in netto, *in mundum* (4). Di questi *notarii* intende parlare Paolo nella legge 40, pr. Dig. *de testamento militis* : « Lucius Titius miles testamen« tum scribendum notis dictavit, et « antequam literis praescriberetur,

(1) *Catal. gloriae mundi*, libro IV, consider. 19.

(2) In Prussia, gli atti ricevuti dai notai o da altri uffiziali non hanno la stessa forza dei nostri atti notarili: essi fanno fede soltanto sino alla pruova contraria (Foelix, *dritto internazionale privato*, seconda edizione, numero 228).

(3) Vedi la novella 44, e la novella 73, cap. 7.

(4) Vedi Giustin., legge 17, cod. *de fide instrumentorum*.

Digitized by Google

« vita defunctus est. » Questo impiego non aveva importanza maggiore di quella che ne abbia oggi quello dello stenografo.

Nell'ultimo stato della legislazione romana, s'immaginò un mezzo onde supplire all'autenticità, che i tabellioni non avevano incarico di conferire. Si fu questo l' insinuazione, la quale consisteva nel depositare tra la mani del *magister census* in Roma ed in Costantinopoli, dei magistrati municipali nelle provincie, gl'*istrumenti* dei quali volevasi mettere la sincerità al di sopra di qualsivoglia contesa. Questo deposito che facevano dello scritto originale le parti interessate, dispensava da qualunque ulteriore verificazione. Non era mestieri allora nè di tabellioni, nè di testimonii; l' intervento dell'autorità pubblica assicurava da se sola la fede degli atti ad essa affidati. *Superfluum est*, dice Zenone (1) *privatum testimonium, quum pubblica monumenta sufficiant.* L'utilità di coteste *scripturae pubblicae* (2) si rese così manifesta negli ultimi tempi che Giustiniano ordinò la creazione di archivii in tutte le città ove ancora non ne esistevano (3).

390. Nel medio evo distinguevansi anche, nello stesso senso che nel Basso-Impero [4], le *notitiae privatae* e le *notitiae publicae*. Le scritture private erano quelle che si stendevano in presenza di testimonii, o anche del tabellione, il quale, presso di noi, nei primi tempi, non era altro, come in Roma, che un testimonio il quale godeva di un poco più di credito. Si ritrovano ben pochi atti stesi dinanzi ad un tabellione prima dell'undecimo secolo. Le scritture pubbliche erano o atti privati insinuati negli archivii, come nel Basso-Impero, o atti stesi in presenza del giudice o del vescovo.

Il carattere interamente speciale che ha rivestito il notariato nei tempi moderni trae l'origine sua da quest'ultima istituzione. Nel medio evo, quando le transazioni non erano complicate, gli stessi *notarii*, che redigevano in minuta gli atti dei funzionarii laici o ecclesiastici, presero l'abitudine di redigere nell'ugual modo le convenzioni delle parti: questo non era da principio che l' esercizio dello stesso officio loro, perciocchè il dignitario, al quale essi erano addetti, riceveva atti di giurisdizione onoraria, ma essi lo fecero in prosieguo anche fuori la presenza di questo funzionario [5]. « Noi abbiamo acquistato l'abitudine, dice Loyseau [6], di stendere i nostri contratti fuori la presenza del giudice; « ma checchè ne sia, si è sempre il « giudice che parla in essi, e vi è in-

(1) Legge 31, cod. *de donationibus*.

(2) Giustiniano (legge 20 cod. *de fide istrumentorum*) chiama anche *pubblice confecta* gli atti dei tabellioni. Ma egli adopera il vocabolo *pubblice* in un senso materiale, per denotare le redazioni fatte nel *foro*. Questa parola, nel suo significato tecnico, vuol dire a nome dell'autorità pubblica. In questa guisa taluni giureconsulti avevano il dritto di rispondere *pubblice* (§ 8, Instit. *de jur. gent. et civ.*), cioè officialmente. Gli atti insinuati sono i soli che possano dirsi pubblici, in questo senso.

(3) Novella 15, capo V, § 2.

(4) V. Mabillon, *de re diplomatica*, libro III, cap. IV.

(5) Anche attualmente in Ispagna, gli *Scrivanos* sono nello stesso tempo notai delle parti e cancellieri dei tribunali: in Russia colui che redige gli atti relativi agl'immobili è un cancelliere (Foelix, *loco citato*).

(6) *Officii*, libro II, cap. V, § 50 e seguenti.

Digitized by Google

« titolato, come nelle sentenze, e in « molte provincie lo stile dei con- « tratti porta: *che le parti sono com- « parse dinanzi al notaro come in « dritto o in giudizio;* ed in altri « luoghi vi si dice: *che esse sono « giudicate o condannate per con- « senso loro ad osservare tutto quello « che è contenuto nel contratto:* il « che è la ragione per la quale i « contratti in Francia hanno esecu- « zione parata, come le sentenze... « Quindi ho attentamente rimarcato « che in tutte le antiche ordinanze « sino a quelle di Luigi XII, i can- « cellieri sono chiamati comunemente « *notari*, al pari dei tabellioni. »

L'autorità quasi giudiziaria degli atti autentici (1) spiegasi, come ben si vede, istoricamente, perciocchè il notariato, nella sua origine, non era che un ramo del potere giudiziario, era l'esercizio, della giurisdizione onoraria. Fin sotto il regno di Luigi XIV si rinvengono delle traccie ben marcate di questa origine. Infatti, un editto di marzo 1673 creò delle cariche di consiglieri di sua maestà, cancellieri delle convenzioni, cariche le quali, per un secondo editto del mese di agosto dello stesso anno, furono riunite a quelle dei notai del Castelletto.

Mentre gli scrivani dei tribunali si trasformavano a poco a poco in notai, gli antichi tabellioni continuavano ad esistere. Ma il notariato propriamente detto era annesso alla giustizia reale, perciocchè Filippo il Lungo aveva dichiarato, con una ordinanza del 1319, che i suggelli e le scritture [*scribatus*] erano di suo speciale dominio. Il tabellionato, all'incontro, era divenuto una

istituzione m
vasi chiaram
ticoli rimessi
bini [specie
di S. Dizier
pres [2]. Que
[articolo 29
sciati nel *go*
cifico del ta
molti cittadin
dine di *stend*
nanzi due no
il tabellionat
cale, ed il no
trale, che all

Avvenne, d
lionato, per
se stesso, e c
di uffiziali, i q
modo il titol
affari si molt
lione un poc
sogno di serv
redigevano la
degli atti che
teva poscia i
lasciava sped
« dice Loyse
« in tutte le
« i quali ese
« crescano ed
« soppiantino
« droni, i q
« questi ajuta
« sotto i loro
« al servizio,
« cariche me
« di essere c
« che avean
« separati di
« si facevano
« sostituire,
« in assenza.

Questi ajut

(1) Vedi anche su quest'argomento Pothier, *Trattato della procedura civile*, parte IV, cap. II, sezione II, articolo 1.

(2) Vedi questo curioso documento nel secondo volum gnot, pag. 718

(3) Nello ste guenti.

Digitized by Google

nero quindi il dritto di stendere essi soli la minuta, col titolo di notai, restando ai tabellioni riservato il privilegio di stipulare l'atto. Un editto di Francesco I del 1542, che stabilì dei notai ove non eranvi che dei tabellioni, e reciprocamente, sanzionò questo stato di cose, vietando rispettivamente ai notai di por mano alla stipulazione dell'atto, ed ai tabellioni di stendere la minuta. Tuttavolta i notai del Castelletto di Parigi (1), i quali potevano istrumentare in tutto il regno, continuarono ad esercitare nella sua pienezza la giurisdizione volontaria, la quale era stata loro delegata sin da tempo immemorabile.

L'interesse di una buona disciplina e di una saggia ripartizione dei poteri fece cessare sotto Eurico II la confusione che si era perpetuata sino a quel tempo tra le funzioni di cancelliere e quelle di notaio. Un editto del 4 ottobre 1554, rinnovando taluni regolamenti anteriori male eseguiti, vietò ai giudici, luogotenenti e cancellieri di ricevere per l'avvenire alcun contratto volontario (2). All'incontro, non poteva ritrarsi che vantaggio ed economia dal riunire le funzioni di notaio a quelle di tabellione: riunione che fu infatti operata da Enrico IV nel 1597. Il notariato, nome che prevalse, eccettuati pochi luoghi di campagna, divenne allora, come la maggior parte delle cariche pubbliche, un ufficio venale ed ereditario.

391. La legge del 16 ottobre 1791 soppresse la venalità e l'eredità, ed ordinò che i posti di notai fossero dati a concorso. Non è ben certo se questo modo di elezione, sì prezioso per tante altre ragioni, sia stato confacente per impieghi di questa natura. Ma la legge del 25 ventoso anno XI, che oggi ci regge, è caduta nell'eccesso contrario, non richiedendo altro che talune condizioni di attitudine affatto pratiche, cioè un certo numero di anni di residenza presso un notaio (articoli 37 e 38), senza esigere la giustificazione di alcuna teorica conoscenza. Questa latitudine nella scelta dei candidati, che poteva giustificarsi nell'anno XI, quando le scuole di dritto non erano ancora riorganizzate, è divenuta un'anomalia oggi che lo studio della scienza del dritto è tanto florido ed esteso. La giustificazione di un diploma sarebbe tanto più utile che la legge del 28 aprile 1816 [articolo 91] ha indirettamente ristabilito la venalità per gli officii di notajo, come per molti altri: il che, mancando una condizione positiva d'idoneità, trasforma in una pura speculazione l'acquisto di questi officii (*).

I vizii della legge hanno prodotto quei risultamenti che dovevano attendersi, ed i disordini del notariato rendono urgentissima una riforma. Un'ordinanza del 4 gennajo 1843 ha fatto un passo in questa via, fortificando l'azione disciplinare, e interdicendo ai notari le speculazioni che hanno dato nascimento a tanti

(1) Dichiarazione del 6 luglio 1553.

(2) È stato di conseguenza, deciso che un atto di transazione, ricevuto nel 1633 da due *maggiori* o sindaci (*maires*), non aveva il carattere autentico (rigetto del 27 gennajo 1825).

(*) La nostra legge sul notariato prescrive che le piazze di notajo siano date a concorso: l'articolo 55 dispone che chiunque aspiri al notariato, debba, tra le altre cose, di che qui è inutile far parola, giustificare di avere ottenuta la cedola di approvazione da una delle regie università degli studii, e di aver fatto la pratica del notariato pel corso di un biennio senza interruzione: l'esame dei candidati deve versare tanto nella teoria che nella pratica. —*Il Traduttore.*

Digitized by Google

scandali. Ma, durante la crisi del 1848, nuovi disastri vennero ad affliggere il notariato: perchè la riforma sia completa ed efficace, è necessaria una legge che accresca la sicurezza, sotto il rapporto dell'idoneità.

392. L' istituzione del notariato, come noi la conosciamo oggi, non è nè molto antica, nè generalmente sparsa in Europa. In Austria le attribuzioni dei notai sono limitate ai protesti delle lettere di cambio; tutti gli altri atti della vita civile sono ricevuti da giudici o da funzionarii annessi ai tribunali[1]. In Inghilterra i notai non danno l'autenticità agli atti se non quando trattisi di farne uso fuori del regno. Nell' interno, tutti gli atti, qualunque siasi l'uffiziale che li abbia steso, debbono essere verificati in giudizio da testimonii o da confronto di scritture. L'attestato del notajo non ha maggior forza di quella che ne avesse l' attestato del tabellione nei primi tempi. Sono sempre delle scritture private. Ma ordinariamente per redigere questi atti, che in Inghilterra sono sottoposti a formalità complicatissime, si adibiscono uomini della legge propriamente detti, gli *attorneys*, i quali sono nel tempo stesso procuratori: cumulo di funzioni che non è senza pericolo per le parti, perciocchè si dà l'incarico di prevenire le liti agli uffiziali medesimi che sono incaricati di dirigerle. La mancanza di atti autentici notarili fa per altro ricorrere a mezzi analoghi, a quelli che impiegavasi in Roma nel medio evo.

« La sicurezza del possesso che si « ritrae da un atto pubblico, dice « Blackstone [2], non dipende sola-

« mente dal
« senso del
« benanco d
« di giustizi
« l' atto tro
di questa n
parlamento,
di *atti pri*
quelli che l
L'organizza
ghilterra off
la più gran
che esisteva

393. Tal
hanno supe
cese, ed att
l'autenticità
di noi, la
generale, p
Prussia [3] e
è necessario
la trasmissi
mobiliare. l
delle altre
è il codice
lo 1412], il
zione per a
convenzioni
di là di n
esigenza n
niente, av
dini della p
presso di n
volontariam
occasioni g
vate ordina
go che per
modico, e
sprimere la
correre all
gi troppo
Non è dun
innovazioni
neanco in q

(1) Vedi Foelix, *Olim*, luogo citato.
(2) Libro II, capo XXI.
(3) Vedi il codice prussiano, parte 1, titolo X, articolo 6.
(4) Vedi il articolo 1113.

Digitized by Google

394. Noi presenteremo un'analisi succinta delle principali forme alle quali sono sottoposti gli atti notarili; indi ci daremo a ricercare quale sia la fede di questi atti, ed in generale, quella degli atti autentici.

PRIMO PUNTO.

Forma degli atti notarili.

395. La nostra intenzione non è di percorrere qui dettagliatamente le numerose formalità prescritte ai notai dalla legge del 25 ventoso anno XI. Lasceremo da canto le prescrizioni regolamentari, di cui l'osservanza dà luogo a pene disciplinari contro il contravventore, per occuparci delle disposizioni sostanziali.

Le solennità che debbono ritrovarsi nell' atto notarile, onde esso possa produrre tutti gli effetti di cui è suscettivo, sono di due specie: le une sono intrinseche, necessarie per la fede dell'atto, *solemnia probantia*; le altre sono estrinseche, *solemnia completoria*. Si comprende quanto sia rilevante distinguere queste due specie di solennità; altro è, infatti, la mancanza di fede di un atto, altro l'assenza di ogni forza esecutiva (1). Or, le *sollennità richieste* [codice civile articolo 1317-1271], affinchè l'atto ricevuto da un notajo o da qualunqne altro uffiziale faccia fede in giudizio, sono solamente quelle della prima categoria, perciocchè vi sono taluni atti che non sono destinati ad essere eseguiti, e che sono nonpertanto ugualmente autentici, sebbene rivestiti solamente delle forme intrinseche, come, per esempio, i certificati di vita.

Taluni scrittori hanno negato l'autenticità al processo verbale di conciliazione steso dal giudice di pace, perchè non hanno fatto questa distinzione fondamentale. L'articolo 54 del codice di procedura dice, egli è vero, che le convenzioni delle parti inserite nel processo verbale hanno forza di *obbligazione privata*; ma se s'indaga lo scopo propostosi dal legislatore nell'aggiungere questa restrizione, riconoscesi agevolmente che egli non ha voluto negare al processo verbale del giudice di pace la fede che si attribuisce alle dichiarazioni debitamente ricevute da un funzionario pubblico, ma impedire solamente che esso sia reso esecutivo: il che avrebbe recato una ferita alle prerogative dei notai (2). Quindi ammettesi oggi generalmente che questo processo verbale costituisce una vera pruova autentica, ma che solamente non è suscettiva di esecuzione forzata; il che si è inteso dire adoperando quelle espressioni vaghe ed inesatte: *forza di obbligazione privata*.

396. Noi esamineremo dapprima quali siano le condizioni in mancanza delle quali un atto notarile è nullo, almeno come atto notarile; ricercheremo in prosieguo quello che avvenga quando è annullato per difetto di talune di queste condizioni; finalmente ragioneremo delle formalità puramente estrinseche.

(1) Nella maggior parte delle legislazioni della Germania gli atti ricevuti dai notai, o sinanco dai tribunali, sebbene facciano fede, non portano con loro esecuzione parata: havvi solamente luogo in tal caso ad una *procedura di esecuzione*, che è la più spedita (Foelix, num. 474).

(2) Noi riproduciamo questo motivo, ma senza volerlo menomamente approvare. Lungi da noi il pensiero che le leggi debbano essere fatte per gli uffiziali pubblici, e non gli uffiziali pubblici per le leggi.

Digitized by Google

§ I. *Condizioni essenziali alla validità intrinseca degli atti notarili.*

397. In cima a tutte le condizioni richieste per la validità dell'atto, trovasi la capacità legale dell' uffiziale che lo redige. « L' atto autentico, « dice l'articolo 1317-1271 del co- « dice civile, è quello che è stato « ricevuto da pubblici uffiziali au- « torizzati ad attribuirgli la pub- « blica fede nel luogo ove l'atto si è « steso.(*)» Per avere adunque qualità di attestare le convenzioni delle parti bisogna 1° essere notajo; 2° istrumentare entro i limili del luogo determinato dalla legge.

398 La qualità di notajo può mancare ai redattori dell'atto in diverse ipotesi.

Escludiamo primieramente il caso più grave, ma il più difficile a supporsi nella pratica, quello in cui un uomo completamente straniero al notariato ne abbia usurpato le funzioni. In tal caso l'errore delle parti che avessero preso per notajo, sulla sua semplice dichiarazione, colui che non avesse neanco il carattere officiale apparente, sarebbe talmente grossolano, da non meritare indulgenza di sorta.

399. Ma quello che può più agevolmente avvenire, si è che l' autorità ingannata accordi ad una persona incapace, privata, per esempio, della qualità di francese, una nomina in buona forma. Si fu in tal guisa che in Roma uno schiavo era riuscito a farsi nominare pretore, il che diè luogo a questa decisione di Ulpiano, sì sovente citata [1]: « Bar- « barius Philippus, quum servus fu-

(*) Uniformi, l'articolo 2263 del codice parmense, e l' articolo 1411 del codice sardo.—*Il Traduttore.*

BONNIER

« gitivus esse
« petiit, et
« sed nihil ei
« ait Pompon
« fuerit. Atqu
« eum functu
« si servus,
« tate praetor
« cemus? qua
« nullius for
« propter util
« eum egerur
« alio jure? E
« rum reprob
« nius est,
« pulus rom
« hanc potest
« servum ess
« quod jus m
« tore observ

Dobbiamo
decisione gen
l'antica nostr
vero dire, al
mo nel caso
duta dall'arti
l'atto può, tu
scrittura priv

Non può
non esiste at
cessità prati
la legge *Bar*
loro che han
fiziale pubbli
una pruova
età, su' suoi
debbono rime
ha dato a lu
funzioni.

Volendoci
civile, potreb
bio, perciocc
il quale non
effetto limitat
in generale.

(1) Legge 3,

Digitized by Google

alla legge del 25 ventoso anno XI, che è la sede della materia, ed alla quale è poco verosimile che abbiasi voluto derogare, noi scorgiamo in essa che l'articolo 68-26, il quale enumera espressamente le disposizioni di cui l'inosservanza porta a nullità, non ha di mira nè l'articolo 35-55 relativo alle condizioni di capacità richieste, nè l'articolo 7-7 relativo all'incompatibilità delle funzioni di notajo con talune altre funzioni. In questo caso conviene rivolgersi all'amministrazione, onde ottenere che sia ritirata la carica (legge di ventoso, articoli 45 e 46) accordata in ispreto della legge; ma fino a quando una tale carica non sia ritirata, debbesi fede al titolo apparente (*). Così tutti i pubblicisti insegnano che gli atti e le sentenze, redatti sotto l'impero dell'autorita più illegittima, debbono essere conservati; e noi crediamo, sempre in forza della stessa teorica, che non appartiene ai tribunali ricusarsi all'esecuzione di una legge [1], sotto pretesto della sua incostituzionalità: [2] se fosse altrimenti, il potere giudiziario assorbirebbe tutti gli altri [3].

400. L'incapacità alla quale al-

(*) Questa teorica è parimenti insegnata da Zachariae, § 755, num. 2, e da Duranton, tomo XIII, num. 77. Essa è conforme alla nostra legge sul notariato. Infatti, l'articolo 87 di questa legge prescrive che la cessazione delle funzioni notarili per qualunque causa, o la traslocazione di un notajo in altra residenza fuori della provincia o valle con permesso sovrano, sia pubblicata colle ritualità prescritte nell'articolo 64 per l'ammessione del notajo all'esercizio delle sue funzioni. Coerentemente a questo sistema di pubblicità, la stessa legge, all'artic. 28, non dichiara nulli se non gli atti ricevuti dopo la *pubblica* sospensione, inabilitazione, rinuncia, o incompatibilità.—*Il Traduttore.*

(1) Noi supponiamo una legge votata nella forma regolare dai poteri competenti. La quistione è molto più delicata quando siavi stata usurpazione del potere legislativo, e che l'atto irregolare sia stato inserito nel *Bollettino delle leggi* senza reclamo, il che è avvenuto per un gran numero di decreti imperiali. Ma anche in questa ipotesi, la corte di cassazione non ha potuto ammettere che l'atto incostituzionale sia nullo *ipso facto*, e non ne ha respinto l'autorità, trattandosi di applicare la pena di morte, se non fondandosi sull'incompatibilità del decreto del 1 maggio 1812 coi principii consagrati dalla costituzione (cassazione, 21 maggio 1847).

(2) Cassazione, 11 maggio 1833.

(3) Si ammette nondimeno negli Stati-Uniti, che il potere giudiziario possa ricusare d'applicare una legge che esso reputi incostituzionale. Il signor di Tocqueville (*Della democrazia in America*, tomo I, capo VI) spiega quest'attribuzione tanto importante della magistratura americana, per questa considerazione che essendo in America ammessa la revisione della costituzione, quando siavi conflitto tra la costituzione e la legge, la revisione della costituzione è sempre possibile. Ma noi non veggiamo che in Francia, sotto le varie costituzioni che hanno autorizzato la revisione del patto fondamentale (costituzione del 1791, del 1793, dell'anno III, del 1848 e del 1852) siasi permesso ai tribunali di statuire sulla costituzionalità delle leggi. Debbesi dunque spiegare la legislazione americana per una ragione più grave, il bisogno di temperare, mercè questo intervento della magistratura, l'onnipotenza della democrazia, come altravolta, presso di noi, il rifiuto di registro delle ordinanze da parte dei parlamenti era un mezzo irregolare, ma spesso efficace, per temperare l'onnipotenza del potere regio. Del resto, l'attuale costituzione, ad imitazione di quella dell'anno VIII, affida al senato l'incarico di opporsi alla promulgazione delle leggi *che sarebbero contrarie o che offenderebbero la costituzione* (costituzione del 1852, articolo 26). Ma non havvi più un corpo speciale incaricato, come altravolta il tribunato, di provocare l'esercizio di questo dritto: i particolari soli possono farlo per via di petizione (*ibidem*, articolo 45).

Digitized by Google

lude l'articolo 1318-1272, la sola che sia capace di viziare l'atto, si è quella della quale le parti potevano essere informati, quella che risulta, non da un vizio occulto, ma da una dichiarazione officiale dell'autorità. Infatti l'articolo 52 della legge sul notariato, al quale questa volta riferiscesi espressamente l'articolo 68-26, relativo alle nullità, è così concepito: « Qualunque « notajo sospeso, destituito o rim- « piazzato, dovrà, subito che gli sarà « stata notificata la sua sospenzio- « ne, destinazione, o rimpiazzo, ces- « sare dall'esercizio delle sue fun- « zioni. » È ad osservarsi che quest' articolo, perfettamente uniforme alla teorica da noi sviluppata, ammette che l'esercizio delle funzioni continui sino alla notificazione della decisione presa dall'autorità superiore, e quindi tutto quello che si è fatto anteriormente a cotale notificazione resta valido. Questo è stato deciso [1] per una notificazione fatta da un usciere, di cui erasi pronunziata l'interdizione, ma non erasi peranco notificata. Ma, avvenuta una volta siffatta notificazione, l'uffiziale perde ogni carattere, havvi colpa, principalmente in un paese ove le decisioni dell'autorità sono rese pubbliche per mezzo della stampa, quando ignorasi la destituzione o la sospensione debitamente notificata.

401. La seconda condizione richiesta dall'uffiziale, affinchè conferiscasi all'atto l'autenticità, si è che

egli istrumen
sua giurisdiz

Questa reg
andati l'impo
quistato. In
prerogativa d
notai, princi
stelletti di P
pellier, i qu
tare in tutto
ogni notajo d
propria giuri
siderata com
nullità [2], e
che un' amm
della giurisp

Le leggi in
rigorose al p
scrive che u
territorio att
che un sem
conseguenza
la nullità de
questo territo
ragione per
menzione del
è steso (5),
utile, ma non
ture private,
in ogni luog
menzione, la
tajo che istr
territorio, o
temente null
l'inserirvi u
dace, ovvero
a commettere
mulare la n
tal guisa all

402. Ancl

(1) Vedi un arresto di rigetto del 25 novembre 1813.

(2) Avveniva altrimenti nel XVI secolo; esigevasi allora rigorosamente, secondo quello che ci rapporta Boiceau (*Pruova testimoniale*, libro II, capo IV), che il notajo non istrumentasse punto fuori il territorio di sua giurisdizione.

(3) Vedi la legge del 16 ottobre 1791, titolo I, sezion
5 aprile 1836.

(4) Legge d
68-26.

(5) La stess

(6) Questo
ciso, principal
I signori Chau
codice penale,

Digitized by Google

nato ai notai, essi non possono esercitare il ministero loro in faccia ad ogni persona. È vietato ad essi [1] di ricevere alcun atto, in cui siano parti i loro congiunti o affini in linea retta in qualunque grado, ed in linea collaterale sino al terzo grado inclusivamente: inoltre essi non possono ricevere atti in cui siano parti essi medesimi. Questo si è voluto indicare dalla fine dell'articolo 8, il quale aggiunge: *o che contenessero qualche disposizione in loro vantaggio;* espressioni le quali, grammaticalmente prese, potrebbero riferirsi ai parenti del notajo, non meno che ad essi medesimi; ma che, logicamente, non possono applicarsi se non a questi ultimi, perciocchè altrimenti conterrebbero un pleonasmo inutile [*]. Nulla di più giusto altronde che interdire al notajo la facoltà di rendere testimonianza nel suo proprio interesse.

Tuttavolta noi abbiamo veduto (numero 368) che molto male a proposito, e per una mera confusione di linguaggio, aveasi voluto applicare l'articolo 175-213 del codice penale ad un notajo che aveva preso interesse in un credito attestato da un *atto* che egli stesso aveva ricevuto. Havvi in questo una nullità ed una infrazione disciplinare, ma non mai un reato, il quale non avrebbe potuto esistere se non quando il notajo avesse avuto la sorveglianza del credito stesso, al quale egli avea preso interesse, e non mai dell'atto destinato ad attestarlo.

403. Supposto capace e competente l'uffiziale, è d'uopo ancora che l'atto sia ricevuto *colle sollennità richieste* (cod. civ. art. 1317-1272). Queste solennità riferisconsi o alla qualità delle persone che lo ricevono, o alle regole che debbono seguirsi nella redazione.

404. « Gli atti, dice larticolo 9-9 « della legge di ventoso, saranno ri« cevuti da due notai, o da un no« tajo assistito da due testimonii, cit« tadini francesi, che sappiano firmare, « e domiciliati nel distretto del co« mune ove l'atto sarà rogato (**). »

Questa disposizione, di cui l'ori-

vogliono, perchè siavi falso nella specie, uniformemente ad un arresto della stessa corte del 4 marzo 1825, che siavi stata intenzione di nuocere all'interesse delle parti. Questa teorica ci sembra troppo rilasciata. Debbesi rispondere, coll'arresto del 1841 « che questa falsa enunciazione, « avendo per iscopo d'ingannare e di elu« dere la preveggenza e la volontà del le« gislatore, ed essendo altronde pregiudi« zievole ad altri, perchè l'atto è nullo, « trae seco, per questa sola ragione, l'in« tenzione e la moralità criminale del mis« fatto di falso. »

(1) La stessa legge di ventoso, articolo 8.

(*) La redazione dell'articolo 8 della nostra legge sul notariato tronca in proposito qualunque dubbiezza. Esso è così concepito: « Non ha il notajo facoltà di rice« vere un atto in cui siano parti o egli stesso, « o alcuno dei suoi congiunti o affini, così « in linea retta in qualunque grado, come « in linea collaterale fino al terzo grado « inclusivamente. Gli è proibito ancora di « ricevere disposizione a favor suo o delle « dette persone, salvo che la disposizione « si trovi in un atto di ultima volontà non « iscritto dal notajo ed a lui consegnato « chiuso.—*Il Traduttore.* »

(**) L'articolo 9 della nostra legge sul notariato ha esteso il numero delle condizioni richieste perchè un testimonio sia reputato capace, ed è redatto in modo da troncare le controversie che la interpretazione delll'articolo 9 della legge di ventoso avea fatto nascere in Francia. Eccone il testo: « Gli atti sono ricevuti da due no« tai, o da un notajo assistito da due te« stimonii nostri sudditi, maggiori di età, « che godano dei dritti civili, che sappiamo « firmare, tranne i casi di eccezione pre« veduti dalla legge, ove la firma di tutti « i testimonii non sia necessaria, come nel« l'articolo 900 della prima parte del co« dice per lo regno delle Due Sicilie. I

Digitized by Google

gine risale ad un'ordinanza del 1 dicembre 1437, è necessaria per dare alle parti delle guarentigie contro la prevaricazione degli uffiziali pubblici. L' accordo di due notai per falsificare le convenzioni dei particolari è infinitamente meno probabile della malversazione di un solo. La presenza dei testimonii che si sono chiamati *istrumentali* per ragione del concorso loro all' atto (*instrumentum*) è giustificata dallo stesso motivo.

Ma riesce sovente malagevole, nella pratica, ottenere l'assistenza di due notai; quindi la disposizione dell'ordinanza del 1437 era caduta in desuetudine nell' antico dritto, eccettuati taluni atti di alta importanza, come i testamenti. L'articolo 14 degli statuti e regolamenti della comunità dei notai al Castelletto di Parigi, omologati da un arresto del parlamento del 13 maggio 1681, prescriveva che i notai fossero stati obbligati firmare l'uno per l' altro gli atti e contratti non contrarii alle ordinanze ed a' buoni costumi, di cui venissero richiesti, senza facoltà di ricusarsi: e questa giurisprudenza era stata convertita in legge con due editti del 1691, e del 1706.

Dopo la promulgazione della legge di ventoso, sonosi nella pratica conservate le stesse abitudini relativamente al notajo in secondo, e siccome i nostri costumi ripugnano sovente all'ammessione di testimonii nel segreto dei nostri affari, si è del pari

introdotto l
testimonii
essersi com
sta, noi per
manifesta vi
zione per m
giurisprude
sopra un si
abrogazione
disposizione
ma che fu f
un arresto
najo 1841.
16 novemb
cisione unif
nella neces
ressi comp
biamento d
statuire per
l' oggetto c
gno 1843.

Relativam
gli è vero
stato al le
mettere del
tive, onde
ma questa
tronde a q
esatti, non
il desiderio
curare la p
bilità delle
annullare g
la promulg
ventoso an
notajo in s
nii non sia
cezione dei
praticato da

« testimonii inoltre debbono conoscere le « parti. e debbono essere domiciliati nel « distretto del comune ove l'atto sarà ro« gato.—*Il Traduttore.* »

(1) Non vi sarebbe usurpazione sul potere giudiziario se non quando il potere legislativo intervenisse nelle cause particolari per interpretare la legge (vedi principalmente il decreto del 19 piovoso anno II, pel quale la Convenzione, sull'istanza

delle parti, a
bunale di ca
petenza). Pe
d'interpretare
nerale, anche
esclusivament
bisogno soci
avvenne nel
facciasi uso

Digitized by Google

vella legge, contro il quale non potrebbero muoversi obbjezioni di rilievo.

Per l'avvenire il legislatore, sebbene esso pretenda non far altro che sipegare la legge del 25 ventoso anno XI (1), l' ha realmente modificato, perciocchè egli ha dato ragione alla consuetudine, dispensando generalmente le parti dall'assistenza del secondo notajo e dei testimonii (2).

Tanto all'epoca della discussione della legge del 1843, quanto posteriormente, si è accusato il potere legislativo d'aver mancato di energia, e di non avere neanco saputo essere conseguente a se stesso in un sistema vizioso. Questi rimproveri non ci sembrano fondati. Primieramente, non eranvi motivi sufficienti per ostinarsi contro le difficoltà pratiche che presentava la presenza reale di un secondo notajo e dei testimonii, perciocchè era cosa conosciuta che i disordini del notariato non provenivano affatto dalla mancanza di questa presenza personale.

Ma, si dice, sarebbe allora più semplice e più logico fare rogare gli atti dal notajo solo. Questa idea è stata con cognizione di causa respinta dal legislatore.

« Si è considerato da un canto, « dice il signor Filippo Dupin nel « suo rapporto alla camera dei depu« tati, che la formalità della firma « dopo finita ogni cosa, del secondo « notajo o dei testimonii, era senza « inconveniente per le parti, e di una « esecuzione facile pei notai. Da un « altro canto, sebbene non sia questa « una guarentigia sufficiente, quest'u« so ha nondimeno qualche vantaggio. « Così il notajo in secondo, senza pe« netrare direttamente nel segreto de« gli atti, verifica se le forme esterne « sono osservate, se il protocollo è re« golare, se le postille e l'enunciato « delle parole nulle sono esattamente « parafrati, se l'atto contiene spazii « in bianco o interlinee delle quali si « possa abusare. L'obbligazione d'imi« tare la firma del notajo o dei testi« monii renderebbe il falso più diffici« le, se qualche mano fosse tentata di « commetterlo, o metterebbe più cele« ramente sulla traccia del misfatto. Fi« nalmente è un ostacolo alle detrazio« ni o alle inserzioni di postille che si « volessero fare in detrimento della « parte e del fisco. Non senza ragione « sonosi conservate siffatte guaranti« gie, per quanto deboli possano sem« brare. »

Tuttavolta, la legge del 1843 (articolo 4) conserva le regole speciali del codice civile sulla forma dei testamenti. Inoltre, essa richiede (articolo 2) la presenza del notajo in secondo o dei due testimonii per gli atti notarili più rilevanti, quelli che contengano donazione tra' vivi, donazione tra' conjugi durante il matrimonio (3), revoca di donazione o di testamento, riconoscimento di figli naturali, e le procure per consentire questi diversi atti. Di questa presenza si dee fare menzione a pena di nullità (lo stesso articolo 2). Ma anche per questi atti collocati in tal modo in una speciale categoria, la novella legge non richiede che siavi assistenza nella narrazione preliminare o nella redazione della minuta.

(1) Legge del 1843, articolo 3.

(2) *Ibidem*, articoli 1 e 3.

(3) Erasi proposto di applicare la stessa regola alle donazioni fatte per contratto di matrimonio ed ai contratti di matrimonio in generale. Ma si riconobbe esservi una sufficiente sicurezza nell'assistenza delle due famiglie a queste solenni stipulazioni, nel dettaglio delle quali sovente noi non reputiamo convenevole frammischiare i terzi.

Digitized by Google

« La presenza del notajo in secondo « o dei due testimoni, dice l'arti« colo 2, non è richiesta che nel mo« mento della lettura degli atti che « si fa dal notajo e della firma delle « parti. » Scorgesi bene che lo spirito della legge è sempre di garantire, per quanto è possibile, il segreto delle convenzioni, il quale è essenzialmente nei nostri costumi(*).

405. Una disposizione che è stata sempre rigorosamente osservata, si è quella dell'articolo 8 della legge di ventoso, rinnovata da un arresto di regolamento del 1850, il quale vieta ai notai congiunti o affini, in linea retta, e sino al terzo grado in linea collaterale, di concorrere allo stesso atto; ma niuna decisione moderna riproduce il divieto, fatto ai notai dal parlamento di Parigi, a 10 febrajo 1615, di riunirsi nel numero di più di due per la stipulazione dei loro atti, per timore di compromettere il segreto delle parti. Del resto quest'abuso, se pure è vero che siavi abuso, è poco a temersi, perciocchè gli uffiziali pubblici non sono molto disposti a venire ad assistere amichevolmente ad operazioni dalle quali non possano ritrarre alcun emolumento.

406. Per quanto concerne le condizioni di capacità che i testimonii debbono riunire, l'articolo 9 richiede primieramente che essi siano *cittadini francesi*.

Per sostenere che queste espressioni, come l'ha deciso un arresto di rigetto del 10 giugno 1824, non debbano esser prese alla lettera, invocasi, or la natura delle funzioni di testimonio, che non ha nulla di politico, or il vocabolario in uso sotto la prima repubblica francese, che tendeva a generalizzare il significato della parola cittadino (1) [è noto che anche le donne erano chiamate *cittadine*]. Ma non havvi nulla d'estraordinario nel considerare come una specie di missione pubblica il ministero di colui che è chiamato a sorvegliare la gestione d'un uffiziale pubblico, colla facoltà di chiamare sulla sua testa la pena di falso, in caso di prevaricazione. Adottata da un arresto di Rouen del 13 maggio 1839, questa teorica trovasi altronde in armonia con quella da noi ammessa in materia di perizia [numero 83].

Per quanto concerne il significato stesso del vocabolo cittadino, non debbonsi trasportare le denominazioni, e le idee che avevano corso sotto la Convenzione, all'epoca del Consolato, sotto il quale le idee repubblicane erano singolarmente cancellate. Altronde, non è forse l'articolo 7 [*sopp.*] del codice civile, promulgato a 27 ventoso anno XI, cioè quasi contemporaneamente alla legge sul notariato, che ha dichiarato l'esercizio dei dritti civili indipendente dalla qualità di cittadino? Quindi si è con cognizione di causa, che l'articolo 980-906 (**) del codice non richiede nei testimonii ai testamenti che la qualità di *repubblicoli*, rimpiazzata nelle redazioni posteriori da quelle di *sudditi dell'imperatore*, poscia *del re*.

(*) Per la legge nostra sul notariato i testimonii non solo debbono essere presenti alla pubblicazione dell'istrumento (articolo 20), ma benanco alla celebrazione dell'atto (articolo 14).—*Il Traduttore*.

(1) Si consulti, per la parte istorica dell'espressione di *cittadino*, il signor Laferrière, corso di dritto pubblico ed amministrativo, libro V, capo 1, sezione IV.

(**) L'art. 906 delle nostre leggi civili richiede che i testimonii godano dell'esercizio dei dritti civili. Questo è parimente prescritto dal codice parmense, all'articolo 737, e dal codice sardo, all'art. 784.

Digitized by Google

Il progetto di codice (titolo delle donazioni, e testamenti, articolo 73], esigeva l'esercizio dei dritti politici; il che fu soppresso dal consiglio di Stato. Il rapporto del signor Jaubert al tribunato sul titolo delle donazioni, fa ben rilevare il dritto comune e l'eccezione in questa materia.

« Poche osservazioni, dice egli, « sui testimonii testamentarii : è ba- « stevole che essi godano dei dritti « civili, mentre, per gli atti ordina- « rii, nei quali, a dire il vero, non « se ne richiedono che due, è indi- « spensabile che essi godano dei dritti « politici. »

Se l'antica nostra legislazione non altro richiedeva in tutti i casi che la qualità di *regnicolo*, ciò avveniva perchè in quei tempi non c'era di che occuparsi di dritti politici, perciocchè sinanco gli stati generali non si convocavano neanco una volta per ogni secolo.

Del resto noi reputiamo come cittadino francese ogni maggiore di anno ventuno, che non sia in un caso d'incapacità. Tale erasi l'opinione sotto l'impero della costituzione del 1830, ed havvi ancora minor dubio oggi che la condizione richiesta dalla costituzione dell'anno VIII [articolo 2], di una iscrizione pel corso di un anno su' registri civici, a cominciare dalla maggiore età, è stata abolita dalla costituzione del 1848, la quale ha conferito il dritto elettorale a tutti i francesi che abbiano anni ventuno compiuti e che godano dei dritti civili e politici : principio consagrato di nuovo dal decreto del 2 febbrajo 1852, che oggi regola la materia [articolo 12]. Di conseguenza sono cadute tutte le restrizioni anteriori relativamente allo esercizio dei dritti di cittadino, principalmente quelle che risultavano dagli articoli 4 e 5 della costituzione dell'anno VIII (1). La qualità di cittadino francese appartiene quindi oggi a tutti coloro che non hanno perduto d'una maniera generale la capacità politica, in conseguenza o di una condanna portante la morte civile, o della degradazione civica, o di una interdizione giudiziaria.

Per quanto riguarda le condizioni speciali di attitudine per l'elettorato e per l'eligibilità, regolate oggi dai titoli II e III del decreto del 7 febrajo 1852, esse non potrebbero essere richieste per le funzioni pubbliche, e specialmente pel semplice ministero dei testimonii istrumentali. Così, ai termini della costituzione del 1848, articolo 25, la legge elettorale doveva determinare le cause che possono privare un *cittadino francese* del dritto di eleggere o di essere eletto. Può dunque taluno essere cittadino francese senza essere elettore [2]. Quindi non dobbiamo preoccuparci, per quanto concerne i testimonii istrumentali, delle restrizioni speciali più o meno gravi, stabilite dalla legge elettorale (3).

407. Quello che noi abbiamo detto della capacità putativa del notajo,

(1) Bisogna rimarcare principalmente quella che colpiva i servitori stipendiati, i quali, dopo il 1848, hanno riacquistato la pienezza dei dritti politici.

(2) Non può esservi dubio per l'eligibilità, perciocchè essa non esiste che a venticinque anni, mentre si acquista agli anni ventuno la qualità di cittadino (decreto del 2 febrajo 1852, articoli 12 e 26). Osserviamo inoltre che il dritto di far parte della guardia nazionale, considerato dal codice penale come una specie di dritto civico (articoli 34 e 50), non può attualmente essere esercitato se non all'età di venticinque anni, ai termini del decreto degli 11 gennajo 1839.

(3) Rigetto del 28 luglio 1831 e del 21 luglio 1852.

Digitized by Google

debbe parimente applicarsi alla capacità putativa dei testimonii. Di conseguenza, quando essi avranno incorso una condanna ignorata da tutti coloro coi quali essi trovansi in relazione, l'errore delle parti, essendo invincibile, non dovrà trascinar seco la nullità dell'atto La Corte di cassazione si è pronunziata in questo senso. Ma la Corte di Aix si spinse tropp'oltre quando, a 31 luglio 1838, decise che l'errore comune bastava per validare l'atto che avea firmato come testimonio un calzolajo patentato, minore di anni ventuno, che passava nel paese per maggiore. È facile farsi presentare i registri dello stato civile, e sarebbe un mezzo ben singolare di verificazione per un notajo il prestar credito ad un rumore pubblico, sull'esistenza di una qualità che egli potrebbe tanto agevolmente verificare (*). Nel solo caso in cui si fosse prodotto un falso atto di nascita, sarebbe possibile cancellare favorabilmente la nullità.

408. La s
capacità, ric
sulla quale nc
co, perchè è
nel saper fir
Blois del 157
va che nelle
borgate vi fo
monii che sa
solo caso che
ro firmare.
più sparso l'
legge di vent
che i due tes
mare: ma es
naloga a que
Blois, relativ
autentici, pe
maggior nume
ticolo 974-90
della firma d
nii, nelle ca
altra volta, i
potere discre
secondo l'imp
se essa debba
siderata com

(*) Gli scrittori e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'errore sull'età e sulla parentela non possa essere coperto da un'ignoranza facile a vincersi. Toullier, tomo 3, numero 407; Grenier, tomo I, numero 256; Delvincourt, tomo 2, pag. 312, nota; Favard, v. *Testamento*, sezione I, § 3, art. 3, num. 7; Merlin, Repert., v. *Testimonio istrumentale*, § 2, num. 3, in fine.

In contrario non esiste che una sola decisione della gran Corte civile di Palermo, del 27 aprile 1831, nella causa Taschetti e Morillo.

Per quanto concerne l'errore sulla incapacità del testimonio, derivante da condanna a pena criminale, è stato deciso che non sia scusabile sotto il sistema di pubblicità delle pene medesime. Vedi un arresto della gran Corte civile di Napoli, 1. camera, del 10 dicembre 1850 nella causa Farenza ed Astrominici (Gazzetta dei tribunali, numero 621, pagina 6). — *Il Traduttore*

BONNIER

(1) Rigetto c
marzo 1829.

(**) Uniform
5; Grenier, tom
tomo III, num.
num. 102; Gr
Torino, 23 mag
bre 1828; Bor
tribunato aveva
qualificazione c
la cui popolaz
mille anime. M
fu accolta (Lo
num. 43). L'a
mense ammise
Francia. Il co
mette indistint
sia firmato da
senza occupar
vien fatto. Lo
393 del codice
la firma di du
chiesti all'atto.

Digitized by Google

409. In terzo luogo, essi debbono essere domiciliati nel distretto del comune del luogo dove l'atto è stato fatto. Le persone del paese sono più che altre al caso di riconoscere la sincerità delle dichiarazioni fatte dalle parti. Riesce anche più agevole il ritrovarli in prosieguo, quando siavi bisogno sentire la loro testimonianza.

410. Lo stesso grado di parentela o di affinità che non deve esistere tra il notajo e le parti, non deve neanco esistere tra' testimonii ed il notajo, nè tra i testimonii ed una delle parti contraenti (*). Ma non eravi alcun grave motivo per vietare a due parenti di fare testimonianza insieme, « nihil nocet ex una domo « plures testes negotio adhiberi (1).»

411. Noi abbiamo compiuto quanto è relativo alle persone il di cui ministero dà all' atto l' autenticità notarile. Parliamo ora delle formalità materiali richieste per la validità intrinseca dell'atto medesimo.

Vi si deve enunciare (2) il luogo, l' anno ed il giorno in cui è stato steso; il che vien chiamato la data, dalla parola *datum*, usata nello stile latino della cancelleria della santa sede, per indicare che il documento è stato ricevuto ad una data epoca. Non vi si parla del mese [**], che in sostanza poi non può essere omesso, forse per impedire che si annulli un atto datato per relazione ad una festa di cui sia facile verificare la data, per esempio, la vigilia di Ognissanti.

L'ordinanza di Blois, del 1579 voleva [articolo 167] che si fosse indicato se l'atto fosse stato fatto prima o dopo di mezzogiorno. Questa menzione, che non è più richiesta [***] aveva allora un' alta importanza, perciocchè era essenziale determinare esattamente la data degli atti notarili, che portavano ipoteca a cominciare da questa data. Essa può essere utile oggi per istabilire la preferenza tra due compratori che abbiano comprato lo stesso immobile, lo stesso giorno, dalla stessa persona.

La stessa ordinanza richiedeva, nello stesso articolo, la menzione della casa in cui l'atto si fosse steso, di quello che Dumoulin chiama il *locus loci*. La legge di ventoso parla semplicemente del luogo; il che ordinariameate significa la comune in cui il notajo redige l'istrumento. Si

(*) Legge di ventoso, articolo 8.—La nostra legge sul notariato, articolo 10, prescrive inoltre che non possano essere testimonii gli aiutanti del notajo e le *persone addette al servizio*, tanto del notajo, quanto delle parti. Gli scrittori e la giurisprudenza sono poi d'accordo nel ritenere che possano adibirsi per testimonii persone congiunte tra di loro V. Furgole, *testamenti* capo 3, sez. 2, num. 6; Ricard, *Donazioni* p. 1. sez. 3. capo 5; Grenier, tomo 1 num. 252; Toullier tomo V. num. 403; Duranton tomo IX, num. 117; Zachariae, § 755, num. 2; Favard v. *testamento*, sezione 1, § 3, num. 11; Duranton, tomo 3, num. 114, Bruxelles, 15 marzo 1806.

— Debbono essere reputati parti in un atto notarile non solo coloro che stipulano per se medesimi, ma eziandio coloro per conto dei quali si è stipulato. Quindi se in un istrumento di divisione in cui figura un terzo rappresentante un minore, siasi omesso il nome, il cognome, la qualità, il domicilio del minore, si è violato l'articolo 13 della legge di ventoso, che prescrive ai notai di cennare tali qualità delle parti. Cassazione, 20 aprile 1840, e 28 gennaio 1848. — *Il Traduttore.*

(1) V. Instit. § 8, de testam. ordin.

(2) Legge di ventoso, articolo 12-13.

(**) L'articolo 13 della nostra legge notarile prescrive espressamente che sia indicato anche il mese in cui l' atto si è steso. — *Il Traduttore.*

(***) La menzione dell'ora è prescritta dell' articolo 17 della legge sul notariato nei testamenti per atto pubblico e negli atti di soprascrizione dei testamenti mistici.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

è voluto semplicemente determinare bene, come noi abbiamo osservato, che egli ha istrumentato entro i limiti della sua giurisdizione. Quindi la corte di Riom, a 18 maggio 1841, ha deciso, uniformemente a molti altri arresti anteriori di varie corti, che la menzione del *locus loci* non è indispensabile: ma essa può essere utile pel caso in cui l'atto fosse attaccato colla via dell'iscrizione in falso (*).

413. L'indicazione dei nomi e del domicilio dei testimonii è del pari richiesta [*ibid.*]; è d'uopo che si possano al bisogno rinvenire. Altronde, è questa la miglior sicurezza che il notajo non chiamerà se non testimonii domiciliati, perciocchè altrimenti egli sarebbe nell'alternativa di fare un atto nullo, o di commettere un falso.

Per quanto riguarda il notajo, siccome la sua firma lo fa a sufficienza conoscere, l'inserzione del suo nome e cognome e luogo della sua residenza nel corso dell'atto non è sostanziale.

Per quanto concerne le parti, esse debbono essere chiaramente indicate; in caso diverso lo scritto sarebbe, in fatto, insufficiente come pruova. Ma la menzione del loro domicilio non ha importanza, poichè la competenza dell' uffiziale non è personale, ma territoriale [**].

Finalmente la regola che ingiunge al notajo [*ibid.*, articolo 11-21], quando egli non conosca le parti, di farsi assicurare i loro nomi, professione e domicilio da due cittadini che abbiano le qualità richieste per essere testimonii istrumentali, riferiscesi alla responsabilità del notajo, relativamente all' identità delle parti, ma non mai alla validità dell'atto in se stesso [***].

414. Sino all'ordinanza del 1560 [articolo 684], la firma delle parti non era richiesta, quand'anche sapessero firmare. La conoscenza della scrittura era poco sparsa nel medio evo [1], il caso in cui le parti sapessero firmare era raro, e quindi la legge non se ne occupava. La decisione di Carlo IX fu provocata dal numero delle falsità che, nel secolo XVI, avea fatto nascere questa troppo grande latitudine lasciata ai notai. Si è dalla legislazione di quest'epoca, nella quale, sotto gli auspicii del cancelliere L'Hospital, si operarono tante interessanti riforme, che ci è stato trasmesso l'obbligo (2) di far firmare le parti, quando esse sappiano farlo, e di far menzione della loro sottoscrizioee, o, quando esse non possano firmare, far menzione di questa impossibilità.

Noi abbiamo già fatto osservare quanto sia utile la necessità della menzione, aggravando la responsa-

(*) L'artilolo 13 della nostra legge sul notariato, oltre all'indicazione della provincia e della comune, esige la menzione della casa ove l'atto è stato fatto.—*Il Traduttore.*

(**) L'atto mancante di una delle formalità indicate nell' articolo 13 delle nostra legge notarile, meno della data e dell'indicazione del luogo, non sarebbe nullo, ma darebbe luogo ad una multa di ducati tre contro il notajo (*ibid*, articolo 27). —*Il Traduttore.*

(***) Il notajo non è obbligato a ricorrere all'assicurazione di altri due testimonii che conoscano le parti se non quando non gli basti l' assicurazione dei due testimonii dell'atto. Legge sul notariato, articolo 21.—*Il Traduttore.*

(1) Si rileva da lettere patenti di maggio 1358 che varii membri dello stesso consiglio del re non sapevano firmare, per la qual cosa bastava la sottoscrizione di tre persone presenti, contentandosi le altre di apporre i loro suggelli agli atti del consiglio.

(2) Legge di ventoso, articolo 14-14 e 15.

Digitized by Google

bilità dell'uffiziale che contravvenga alla legge. Aggiungeremo ora che, in materia di testamenti, la firma è di tanta importanza, che richiedesi, quando essa manchi, non solo la dichiarazione che il testatore non può firmare, ma benanco quella della causa che lo impedisce di farlo [codice civile, articolo 773-899] (*).

La regola che le parti debbono firmare non è del resto, applicabile a tutti gli atti autentici. Quando il legislatore autorizza puramente e semplicemente un uffiziale a fare un atto del suo ministero, presumesi che questi ne abbia ricevuto mandato dal suo cliente, sino alla pruova in contrario. È questa la pratica costante per gli uscieri ed i patrocinatori. La firma delle parti non si richiede per loro se non in linea di eccezione, per esempio, per l'atto di opposizione ad un matrimonio (codice civile articolo 66-69), e per l'iscrizione nella cancelleria della disapprovazione di un uffiziale ministeriale (codice di procedura, articolo 353-445).

Per quanto concerne i testimonii, è necessario sempre che firmino, salva l'eccezione da noi indicata pei testamenti [numero 408], e che si faccia menzione della loro firma, ovvero, quando sia il caso dell'eccezione, dell'impossibilità loro di firmare [1].

Finalmente la firma dello stesso notajo è evidentemente essenziale. Essa sola impegna la di lui responsabilità, ed attribuisce all'istrumento il carattere dell' autenticità, che si rannoda alla notorietà di questa firma. Un arresto di rigetto del 12 novembre 1807 ha, di conseguenza, deciso, che un atto al quale manchi questa formalità essenziale, non va neanco soggetto al dritto del registro.

Anche la necessità della firma del notajo è stata stabilita nei tempi moderni. Siccome questi uffiziali non erano in origine che i redattori degli atti [numeri 389 e 390], le parti vi apponevano i loro suggelli, e non eravi alcun attestato della presenza del redattore, il quale non aveva un carattere officiale [2]. Ma i plebei, i quali non avevano suggelli, dovevano far celebrare i loro atti dinanzi un pubblico uffiziale (3); da ciò l' utilità di dare il carattere di uffiziale pubblico al redattore dell' atto. Per questa ragione i notai si ebbero un suggello, che doveva apporsi agli atti, ai termini di un'ordinanza di luglio 1304. Finalmente

(*) Nei testamenti mistici o segreti, se il testatore non sappia o non abbia potuto sottoscrivere le sue disposizioni, si richiede per l'atto di soprascrizione un testimonio di più dei sei prescritti dall' articolo 902, il quale sottoscriverà l'atto cogli altri testimonii e si esprimerà il motivo per cui sia stato richiesto questo testimonio (articolo 903).

Anche l'art. 15 della nostra legge notarile richiede non solo la menzione della dichiarazione delle parti che non sappiano o non possano scrivere, ma bensì quella dei motivi addotti.

Per l' articolo 748 del codice sardo, il testamento, quando il testatore non sappia o non possa firmare, invece di firma, potrà contenere un segno del testatore; così parimenti tutti gli altri atti pubblici o privati. Gli articoli 730 e 733 del codice parmense sono interamente uniformi alle surriferite disposizioni del nostro codice. Il codice austriaco, all' articolo 580, e quello ticinese, all'articolo 395, si uniformano al codice sardo.—*Il Traduttore.*

(1) Legge di ventoso, articolo 14-9.

(2) « Infinita pene vidi antiquà instrumenta, dice Boiceau (*pruova testimoniale* prefazione, § 3), quae nullo tabellionis signo, sed sola cujusdam antiqui sigilli appensione munita erant. »

(3) Beaumanoir, capo XXXV, § 22.

Digitized by Google

la firma del notajo s' introdusse a poco a poco nella pratica, ma essa non cominciò ad essere obbligatoria se non dopo l'ordinanza del 1535; la regola non fu sinanco generalmente osservata se non dopo essere stata riprodotta dall' ordinanza del 1560. Sino a quell'epoca, il suggello, come l'ha deciso la corte di Tolosa, li 10 marzo 1838, era presso di noi, come altravolta in Roma, la sola guarentigia della sincerità dell'atto. Oggi ogni notajo deve avere un suggello particolare [1]; ma noi vedremo che l'apposizione di questo suggello non è neanco necessaria come formalità intrinseca.

La lettera dell' articolo 14 della legge dell'anno XI prescriveva anche la menzione della firma del notajo: ma il consiglio di Stato [2] riconobbe che una tale menzione è assolutamente superflua. Se la firma del notajo è vera, la menzione di questa firma è perfettamente inutile; se non è vera, havvi falsità per questo stesso fatto, ed il (secondo falso, che contenesse la menzione mendace, non aggiugerebbe nulla alla penalità incorsa pel solo fatto della firma falsa.

415. Affinché gli atti ricevuti dal notajo abbiano il carattere di stabilità che li distingue specialmente dalle scritture private, è d'uopo che il notajo ne rimanga depositario. Da ciò l' obbligo di conservare la minuta, e di non rilasciare che spedizioni. Questa regola salutare non s'introdusse se non lentamente nell'antica giurisprudenza, e solamente per taluni atti di una più alta importanza. Sotto la legge di ventoso [articolo 20-30] l'obbligo di con-

servare la n
gola; non h
articolo] ch
« vita, proc
« quietanze
« mercedi,
« rendite, e
« quali, sec
« essere rila
per *atti sem*
qui quelli c
debole e pas
si è preteso,
una sola vol
Questa inte
non meno cl
ragione pro
consiglio di

416. Un' u
è solamente
role ricalcat
giunte (3). Q
gire sull'atto
ziose siano e
se trattisi di c
derno non h
tutti i casi, c
golamento s
del 1683, la
motivo delle
possano trov
neanco che le
un' approvaz
considerate c
vien deciso p
approvate [4
pronunzia s
cancellate.

Tuttavolta
le cancellatu
volontariame
dazione dell'
bene non ap
incorsa dal n

(1) Legge di ventoso, articolo 27.
(2) Avviso del 20 giugno 1810.
(3) *Ibidem*, articolo 16-25.
(*) Merlin, *Repert.*, v. *Ratifica*, § 9; Duranton, ton chariac. § 754, zo 1812.—*H*
(4) *Ibidem*,

Digitized by Google

che le cancellature fatte posteriormente debbono essere considerate come non avvenute.

Ma nel dubio, che cosa si dovrà presumere? Che il notajo siasi conformato alle presunzioni della legge, e che di conseguenza non vi siano cancellature fatte di consenso delle parti all'infuori di quelle che sono state approvate. Se fosse altrimenti, basterebbe la malevolenza di un terzo, che si trovasse accidentalmente detentore della minuta, per distruggere la pruova dei dritti più rilevanti. Bisognerà dunque in generale, e salva la valutazione delle circostanze, mantenere le parole cancellate senza approvazione, finchè non venga stabilito che la radiazione abbia avuto luogo all'epoca della confezione medesima dell'atto.

417. Oltre alle prescrizioni della legge di ventoso, sembra fuor di dubio che la disposizione dell'ordinanza del 1539 [articolo 9 e 11], la quale vuole che tutti gli atti siano redatti *in linguaggio materno francese*, sia ancora in pieno vigore. Molte decisioni del governo francese, tanto antico che moderno, hanno imperiosamente conservata questa regola, la quale trovasi in armonia perfetta colla nostra tendenza alla centralizzazione ed alla regolarità amministrativa. La legge del 2 termidoro anno II, all' articolo 3, è venuta a darle una novella sanzione, pronunziando la pena di sei mesi di prigionia e la destituzione contro ogni funzionario o uffiziale pubblico che riceva un atto qualunque in una lingua diversa dalla francese [*].

Una deliberazione del governo del 24 pratile anno XI, nel riprodurre questa regola pei paesi riuniti, prescrisse agli uffiziali pubblici di mettere a mezzo margine dell'originale francese, la traduzione in idioma del paese, quando, essi ne fossero stati richiesti dalle parti [1]: prescrizione anche oggi applicabile, sia per gli stranieri, sia per quelle parti della Francia dove il francese non è la lingua popolare.

Però siffatta prescrizione, la quale concilia le necessità della pratica colle esigenze legali, suppone che il notajo intenda la lingua del suo cliente, che non conosce il francese. Se ciò non si avverasse, bisognerebbe prendere un interprete, ed allora, secondo taluni scrittori, l'interprete deve riunire le condizioni di capacità richieste pei testimonii istrumentali.

Ma questo, secondo noi, importa creare la legge. Certo riuscirà utile prendere, quando lo si possa, l'interprete tra' testimonii istrumentali medesimi; ma quando ciò non avvenga, il terzo chiamato rende un servizio che non ha alcun carattere officiale, e non potrebbesi, senza cadere nell'arbitrario, imporre a lui alcuna condizione di capacità. Sovente saranno gli stranieri quelli che presteranno siffatto ufficio; come richiedere quindi la qualità di cittadino francese? A noi sembra che l' interprete rappresenti qui puramente e semplicemente la parte di

(*) L'articolo 12 della nostra legge notarile prescrive parimenti che tutti gl'istrumenti, testamenti ed altri atti siano ricevuti e scritti in lingua italiana.—*Il Traduttore.*

(1) Un arresto di rigetto del 1 marzo 1830 ha sinanco ammesso che potevasi accordare *l'exequatur* ad una sentenza arbitrale scritta in lingua straniera, purchè vi si fosse aggiunta una traduzione fatta da un interprete giurato. Può dirsi, in sostegno di questa decisione, che la sentenza arbitrale non riceve carattere officiale se non per l'ordinanza di *exequatur*, la quale non si rilascia che in vista della traduzione.

Digitized by Google

sapitore in una perizia [vedi numero 83].

Per quanto concerne i testimonii istrumentali, la corte di cassazione, in conformità di numerosi arresti di corti di appello, ha deciso [1], che spetta al giudice del merito esaminare se, sebbene ignoranti la lingua della quale si servono le parti, essi siano stati sufficientemente istruiti dal notajo di quanto è avvenuto in loro presenza. Eppure è ben difficile che il ministero di simili testimonii sia efficace, perciocchè essi ricevono tutti i loro rischiaramenti dal funzionario medesimo che essi hanno l'incarico di sorvegliare. Da un altro canto, richiedere, d'una maniera assoluta, che i testimonii conoscano la lingua di cui si servono le parti, sarebbe spesso domandare l'impossibile.

Bisogna confessare che la legislazione lascia qualche cosa a desiderare su questa materia. Forse bisognerebbe distinguere secondo la località, e richiedere, per esempio, che i testimonii comprendano il tedesco in Alsazia, se il testatore non sappia che il tedesco; mentre dovrebbesi poi usare minor rigore per le altre parti della Francia, ove, eccettuate poche grandi città, la conoscenza del tedesco è molto rara.

§ 2. *Effetti della mancanza delle condizioni essenziali alla validità degli atti notarili.*

418. La mancanza di alcuna delle condizioni necessarie perchè siavi autenticità, basta per togliere all'atto qualunque effetto, quando la convenzione, a ragione della natura sua speciale, doveva essere rivestita delle forme autentiche, a pena di nullità. Ma, quando l'autenticità, come ordinariamente avviene, non è richiesta che per la pruova, l'effetto della nullità non è più necessariamente assoluto. Bisogna allora indagare se la volontà delle parti sia stata di subordinare il loro consenso all'esistenza di un atto notarile, ovvero se esse abbiano inteso contrattare a tutto rischio. Nel primo caso non havvi nulla di compiuto. Nel secondo, all'incontro, non solamente la convenzione esiste, e può essere provata con tutti i mezzi legali, indipendentemente dall'atto; ma può benanco invocarsi l'atto medesimo, qualora vi si ritrovi l'elemento essenziale perchè esso possa valere almeno come scrittura privata, la firma delle parti. « L'atto « non autentico, dice l'articolo 1318- « 1272 del codice civile » il quale non fa altro che riprodurre l'articolo 68 - 29 della legge di ventoso, per l'incompetenza o l'incapacità dell'uffiziale, o per un difetto di forma « vale come privata « scrittura, quando sia sottoscritto « dalle parti. » Noi spiegammo più sopra (numero 386) che per *capacità* non debbesi qui intendere quella nascente da un vizio che le parti non potevano supporre, e che in questo caso l'atto deve conservare tutta la forza sua.

Questa teorica ragionevole, la quale vuole che il difetto di talune forme non possa distruggere la convenzione, quando queste forme non siano state considerate dalle parti che come una precauzione di compimento, è molto antica in giurisprudenza. I giureconsulti romani aveano già risoluto per l'affermativa [2] la quistione di sapere *an inutilis acceptilatio utile habeat pactum*; ma supponendo sem-

(1) Vedi arresto di rigetto del 14 luglio 1818.

(2) Legge 8, 1, pr. dig. *de acceptilat.*

Digitized by Google

pre che vi fosse stato il concorso della volontà per mettere il debito a tutto rischio.

Fin dal secolo XVI facevasi l'applicazione di questa teorica agli atti notarili infetti di qualche nullità, come ci riferisce Boiceau [1]. « Numquid ex tali scripto, dice egli, tamquam ex chirographo privato, creditor, uti poterit in debitorem, hoc modo: Peto a Titio, uti signum suum agnoscat, tali instrumento appositum, quo fassus est, se mihi debere centum, eique hoc nomine subscripsit, ut agnitione facta solvere compellatur. Puto quod haec actio inepta non esset, non quidem virtute et authoritate notariorum, sed virtute solius subscriptionis factae per debitorem, quam denegare viro probo indignum erit. » Siffatta teorica era stata in questa guisa formulata da Dumoulin [2]: *si actus non valet ut agitur valeat, ut valere potest, concurrente voluntate.*

419. Affinchè l' atto possa avere sussidiariamente il valore di una scrittura privata è necessario che sia sottoscritto dalle parti, e sinanco, secondo l'art. 68 da tutte le parti contraenti [*]. Questo non significa che l'atto il quale attesta un contratto unilaterale, come sarebbe un prestito, debba essere sottoscritto dal creditore non meno che dal debitore. Trattasi, come dice Boiceau, della *subscriptio facta per debitorem*. Se la legge sul notariato parla di tutte le parti, ciò avviene perchè essa ha di mira i contratti sinallagmatici, per la pruova dei quali è necessario che ciascuna delle parti abbia firmato, perciocchè le due obbligazioni sono causa l'una dell'altra[**]. Il dubio è più forte nel caso in cui, dovendosi più persone obbligare con unico atto, una soltanto tra esse abbia sottoscritto.

Taluni gravi scrittori opinano che il creditore può impadronirsi di questa firma isolata, sostenendo che l'accessione dei condebitori solidali non è richiesta che nell'interesse di lui; interesse al quale egli ha dritto di rinunziare. Ma la condizione del condebitore, che trovasi obbligato solo, e privato del regresso sul quale egli avrebbe potuto contare in faccia ai condebitori che sono scomparsi, non è forse positivamente aggravata? Dobbiamo adunque decidere, con un arresto di rigetto del 26 luglio 1832, che, salva la pruova contraria risultante dalle circostanze, e precisamente da quella che i condebitori, di cui mancassero le firme, fossero fidejussori, la mancanza di firma dalla parte di uno dei condebitori snatura interamente la convenzione, e per conseguenza rende l'atto nullo [***].

420. Ma, perchè l'atto, al quale manca l' autenticità, possa valere come privata scrittura, sarà egli necessario che vi si ritrovino le condizioni speciali alle quali noi vedremo che la legge sottopone, in taluni casi, la validità di questa specie di scrittura, cioè, secondo la natura del contratto, la redazione in doppio originale, o il buono od approvato dalla mano del debitore? (codice civile articolo 1325-1279

(1) *Pruova testimoniale*, libro II, capo IV.

(2) *Ad legem* 1, § 2, *dig. de verbor. oblig.*

(*) L'articolo 29 della nostra legge sul notariato ha tolto la parola *tutte*, contentandosi di dire che l'atto dev'essere sottoscritto *dalle parti contraenti*, in conformità del disposto dell'articolo 1272 delle leggi civili.— *Il Traduttore.*

(**) V. Zachariae, § 755, num. 2, nota 57.—*Il Traduttore.*

(***) V. nello stesso senso Zachariae, § 755, n. 2.

Digitized by Google

o 1326-1280). Richiedere sempre l'osservanza di queste condizioni, sarebbe ritirare con una mano quello che si accorda coll'altra; perciocchè è evidente che le parti le quali si sono dirette ad un notajo onde attestare le loro convenzioni, non potevano sottomettersi a forme non richieste negli atti pubblici. Era inutile, per esempio, fare in doppio un atto di questa natura, perciocchè non era a temersi che l'originale si fosse soppresso da uno dei contraenti, rimanendo sempre la minuta nelle mani del notajo (1). Non bisognerà adunque, in generale, mettere importanza a condizioni che la natura dell'atto non comportava, e che offrono altronde poca utilità, quando si ha per guarentigia la presenza di un uffiziale pubblico, sebbene abbia irregolarmente istrumentato. Questo è stato deciso da un arresto di rigetto delli 8 maggio 1827 (*).

Però, questa decisione favorabile non è ammessibile se non quando l'atto sia per lo meno rivestito delle apparenze dell'autenticità. Or, l'incapacità dell'uffiziale può essere tale da esservi colpa grave per le parti nell'ignorarla, come, per esempio, se esse diano incarico di stendere un atto notarile ad un uomo estraneo al notariato, come sarebbe un usciere (**). Certamente, l'atto ricevuto da quest'usciere può valere come scrittura privata, nel senso che io potrò giovarmene, se colui che ha trattato con me ha inteso obbligarsi indipendentemente dalla firma notarile; ma, siccome l'uffiziale al quale le parti si sono dirette non offre le guarentigie che potevano dispensare dall'osservanza di queste regole sulle scritture private, bisognerà osservare le regole stesse, e richiedere che la scrittura sia fatta in doppio, secondo la legge lo prescrive, e dovrassi parimenti verificare il carattere dei contraenti. Se ne dovrebbe dire altrettanto (2) nel caso in cui mancasse la firma del notajo. Non havvi più autenticità, quando manchi questa formalità essenziale, la quale è la sola che renda certa la presenza dell'uffiziale, ed impegni la sua responsabilità [***].

421. Debbonsi adunque distinguere quattro ipotesi ben diverse:

(1) Questo si è il motivo dato da Tronchet in consiglio di Stato. « Quando l'atto è « conservato in un deposito pubblico, non « havvi più ragione di richiedere che sia « fatto in doppio. » Di conseguenza, nel caso assolutamente eccezionale che un atto contenente convenzioni sinallagmatiche fosse stato rilasciato in brevetto, noi non esitiamo a decidere che l'atto non potrebbe neanco valere come scrittura privata. Questo non importa distinguere dove la legge non distingue; perciocchè il testo dell'articolo 1318-1272 non allude per nulla alla teoria dei doppii, e per escludere la necessità del doppio, dobbiamo riportarci alla volontà del legislatore. Or, il legislatore supponeva quello che costantemente si pratica, cioè la conservazione della minuta. Non avverrebbe lo stesso della formalità del *buono* o *approvato*. Questa formalità, avendo unicamente per iscopo di evitare le frodi, diviene senza oggetto, per la sola ragione che l'atto è stato fatto alla presenza di un uffiziale pubblico.

(*) Questo è stato formalmente riconosciuto nel consiglio di Stato, nel tempo della discussione sull'articolo 1318-1272; Vedi Locrè, *Legislazione*, tomo XII, numero 11; Duranton, tomo XIII, num. 71. Zachariae, § 755, num. 3; Bruxelles, 17 giugno 1812; Parigi, 13 aprile 1813. — *Il Traduttore.*

(**) Questa è parimenti l'opinione di Zachariae, § 755, numero 2, e dei suoi annotatori Aubry e Rau, *ibid.*, nota 55. — *Il Traduttore.*

(2) Vedi un arresto della corte di Parigi, del 17 dicembre 1829.

(***) Questa è pure la teorica insegnata da Zachariae, § 755, numero 3. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

1. L'atto è ricevuto da un uffiziale capace e competente, e rivestito di tutte le forme intrinseche volute dalla legge; allora esso fa fede.

2. Esso è firmato dalle parti, ma è ricevuto da un notajo destituito o incompetente, ovvero manca di una formalità, ma non costitutiva dell'autenticità, come sarebbe l'inserzione dei nomi dei testimonii; in tal caso è mestieri che esso sia verificato, ma, siccome ha l'apparenza dell'autenticità, esso è dispensato dalle regole speciali alle scritture private, principalmente dalla teoria dei doppii.

3. L'atto è sottoscritto dalle parti, ma è ricevuto da un uffiziale radicalmente incompetente, ovvero vi manca la sottoscrizione del notajo; in tal caso, non avendo neanco l'apparenza dell'autenticità, esso non può valere che come scrittura puramente privata, soggetto a tutte le regole applicabili a questa specie di atti.

4. L'atto vizioso non è neanco sottoscritto dalle parti; allora esso evidentemente non può valere, nè come atto pubblico, nè come atto privato, salvo a provare, se sia possibile, con altri mezzi, l'esistenza della convenzione.

§ 3. *Forme estrinseche degli atti notarili.*

422. Le formalità delle quali ci resta a ragionare hanno un'importanza più lieve di molto, perciocchè esse non hanno relazione alla fede dell'atto in se stesso, ma solamente alla sua forza esterna. Le formalità intrinseche bastano, infatti, per la validità della minuta, la quale costituisce l'originale cui debbesi ricorrere in caso di controversia. Ma quando vuolsi procedere all'esecuzione è mestieri farsi rilasciare una spedizione rivestita di talune forme addizionali, restando sempre la minuta nelle mani del notajo. Questa regola è per altro comune alle sentenze, le quali non si eseguono sulla minuta, ma sopra una spedizione rilasciata dal cancelliere.

Il testo del codice di procedura (articolo 811-894) non fa eccezione a questa regola che per le ordinanze nei giudizii di sommaria esposizione, di cui il giudice può in caso di assoluta necessità, autorizzare l'esecuzione sull'originale.

Un arresto di rigetto del 10 gennajo 1814 autorizza le giurisdizioni ordinarie a procedere nello stesso modo, quando siavi manifesta urgenza; e debbesi confessare che rifiutarsi ad accelerare in tal modo l'azione della giustizia quando la necessità lo richiede, sarebbe sagrificare la sostanza alla forma [*]. Ma questa decisione non deve estendersi agli atti notarili, di cui l'esecuzione difficilmente è tale da richiedere celerità. Questi atti non si eseguono che sopra la *grosse* [copia], così chia-

(*) La quistione è vivamente controversa. In sostegno dell'opinione di Bonnier possono citarsi Pigeau, *Proced. civ.* lib. 1, p. 3, *della sentenza*, tit. 6, § 3, nel *Commentario*, tomo II, pag. 140; Thomine, pag. 183; Favard, tomo III, pag. 165, numero 21; e tre arresti, l'uno della corte di Parigi, del 20 agosto 1810, l'altro della corte di Rennes, del 27 agosto 1819, il terzo finalmente della corte di Nimes del 1 agosto 1838. L'opinione contraria è sostenuta da Berriat Saint-Prix, pag. 506, nota 4, numero 1; Rodière, pag. 410; Coffinières, F. *Av.* prima edizione, sull'arresto del 10 gennaro 1814; Chauveau, nota sopra Carrè, art. 135, q. 588, 3, ed è stata seguita da due arresti, l'uno della corte di Parigi, del 20 agosto 1810, l'altro di Montpellier, del 18 dicembre 1810.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

mata per opposizione alla *minuta*, perchè viene scritta in carattere più grande. [1].

423. Una formalità essenziale a qualsivoglia spedizione, sia o pur no destinata ad essere eseguita, si è la sottoscrizione del notajo, senza la quale non vi sarebbe cosa che attestasse che la scrittura emana dal depositario della minuta.

424. Veggiamo quale siano le forme speciali richieste per le spedizioni essecutive.

425. *L'esecuzione parata*, espressioni che vengono, secondo Loyseau, da quelle usate nel Digesto [2]: *parta ex causa judicati persecutio*, dalla quale si è detto per corruzione *persecutio* o *executio parata*, non attribuivasi nei primi tempi che alle sentenze solamente. Essendo i notai nei primi tempi, come abbiamo veduto, dei delegati dell'autorità giudiziaria, s'immaginò di farsi condannare anticipatamente da essi, confessando il debito: il che dava all'atto volontario l'autorità di una sentenza. L'ordinanza del 1539, [articolo 65], sopprimendo questi circuiti frustratorii, dispose che le lettere obbligatorie stese sotto il sigillo reale fossero esecutive sopra tutti i beni mobili ed immobili degli obbligati [3].

Tuttavolta, anche dopo che gli atti notarili cessarono di avere un carattere giudiziario, si lasciò sussistere l'intitolato primitivo, il quale divenne comune alle sentenze ed a tali atti. Peraltro l'ordinanza del 1539 non era eseguita in tutta la Francia. Eranvi delle provincie nelle quali gli atti notarili non erano esecutivi se non in forza di lettere di cancellaria o di commissioni del giudice, rilasciate nella cancellaria. Si fu solamente la legge del 6 ottobre 1791 [4], che rese esecutivi in tutta l'estensione del territorio nazionale gli atti rivestiti dello stesso intitolato delle sentenze e delle leggi.

426. Secondo l'ordinanza del 1539, il suggello, il quale, in origine, era la più importante delle formalità intrinseche, perciocchè esso faceva, come abbiamo veduto [numero 414], le veci della firma del notajo, era divenuto una formalità puramente estrinseca, ma necessaria per l'esecuzione. In prosieguo, non si considerò più la necessità del suggello che come una esigenza puramente fiscale, e tutto si ridusse al pagamento di taluni dritti. « Non si usa « più, dice Pothier (5), apporre al« cun suggello alle sentenze o agli « atti notarili; per potere eseguire « in virtù di tali atti, è sufficiente « che siasi pagato il dritto di sug« gello, e che se ne faccia menzione « sulla spedizione dell'atto, in forza « del quale si procede. »

I dritti di bollo furono aboliti dalla legge del 19 dicembre 1790. Il suggello di cui parla la legge di ventoso, all'articolo 27-63, non è altro oggi che un segno di riconoscimento, utile, certamente, per rendere il falso più difficile, ma di cui la mancanza non potrebbe mettere ostacolo all'esecuzione di un atto non sospetto. Così la corte di Lione, a 7 maggio 1825, dichiarò valido un arresto eseguito in vista della spedizione di una sentenza che non era

(1) I notai erano tenuti nei primi tempi di copiare essi medesimi i loro atti: essi non furono autorizzati a servirsi del ministero dei loro ajutanti che con lettere patenti del 1 settembre 1541.

(2) Legge 40, pr, dig. *de minoribus*.

(3) Vedi Loyseau, *della sicurezza delle rendite*, capo XII.

(4) Titolo II, sezione II, articoli 13 e 15.

(5) *Trattato della procedura civile*, parte IV, capo II, sezione II, articolo 1, § 4

Digitized by Google

munita del suggello del tribunale. Il suggello oggi non è un segno essenziale dell'autorità pubblica che pei soli atti del governo: quindi la contraffazione del sugello dello Stato é punito coi lavori forzati perpetui (codice penale articolo 139).

427. All'incontro, l'intitolazione portante il nome del sovrano, che dà principio all'atto, ed il mandato agli uffiziali di giustizia, che lo termina, sono richiesti, a pena di nullità, dal codice di procedura civile. « Non sarà lecito di mettere « in esecuzione alcuna sentenza ed « alcun atto, dice l' articolo 545-« 635 di questo codice, se non hanno « la stessa intitolazione delle leggi, « e non sono chiusi con un man-« dato agli uffiziali di giustizia. »

La legge del 16 ottobre 1791 [1] aveva stabilito una formola esecutiva interamente analoga a quella che trovasi attualmente in vigore. Ma questa formola non era sopravvissuta all'abolizione del potere regio, pronunziata dalla legge del 22 settembre 1792, e quindi nell' intervallo corso tra questa legge e quella del 25 ventoso anno XI, la quale prescrive nuovamente l'uso della formola esecutiva (articolo 25-40), potè procedersi validamente all'esecuzione (2) in mancanza dell'intitolazione e del mandato. Oggi qnesta formola è, per così dire, il suggello dell'autorità pubblica, ed è rigorosamente richiesta, almeno per quanto concerne la validità estrinseca dell'atto.

Le parole della formola esecutiva sono state necessariamente modificate, ogni volta che si é avverato un cambiamento nella forma del governo. Ma doveansi forse modificare, dopo il fatto, le spedizioni rilasciate sotto un altro regime, per mettervi un' intitolazione in armonia col regime novello?

Un'ordinanza del 30 agosto 1815, contraria ad un avviso del consiglio di Stato del 2 glaciale anno XIII, prescrive la rettificazione delle spedizioni rilasciate in nome di autorità considerate allora come usurpatrici, e non ne permise l' esecuzione se non quando se ne fosse riformata l' intitolazione in nome del sovrano regnante. Dopo la rivoluzione di luglio, sebbene un'ordinanza del 16 agosto 1830 avesse stabilito una novella formola esecutiva, una circolare del guardasigilli, del 20 dicembre 1830, fece ritorno all' uso primitivo, molto più ragionevole, che rispettava il carattere dei fatti compiuti, lasciando sussistere la formola esecutiva di cui le spedizioni anteriormente rilasciate si trovassero rivestite. Ma il governo nato dalla rivoluzione del 1848 non si mostrò meno esclusivo di quello della ristorazione. Una determinazione del governo provvisorio, in data del 13 marzo 1848, dopo avere stabilito una formola novella, prescrisse, negli articoli 2 e 3, ai detentori di copie e spedizioni rilasciate prima dell' era repubblicana, di presentarle, prima di metterle in esecuzione, ai cancellieri e notai, i quali erano obbligati ad aggiungere, senza spese, la formola novella a quella di cui l'atto era precedentemente rivestito (3).

428. Siccome eranvi altravolta tante

(1) Titolo 1, sezione II, articolo 14.

(2) Vedi due arresti di annullamento del 25 maggio 1807 e 8 agosto 1808.

(3) L' articolo 7 della costituzione del 1852, nel dichiarare che la giustizia si rende in nome del presidente della repubblica, annunciava, per l' epoca in cui si sarebbe messa in vigore la costituzione medesima (articolo 58), un nuovo cambiamento della formola esecutiva; questo cambiamento si è ora operato con decreto nel 13 marzo 1852, il quale riproduce le disposizioni della determinazione del 13 marzo 1848 relativamente alla quistione transitoria.

Digitized by Google

sovranità giudiziarie distinte quanti erano i parlamenti, quando volevasi eseguire un atto al di là della giurisdizione nella quale era stato steso bisognava ottenere un *pareatis* del gran sigillo della cancellaria reale, o per lo meno un *pareatis* speciale della cancellaria del parlamento nella giurisdizione del quale lo si voleva eseguire. Quando questa esecuzione doveva essere limitata ad una data località, bastava il visto del giudice del luogo, messo in più di una domanda.

L'assemblea costituente, nello stabilire l'unità giudiziaria non meno che l'unità amministrativa, dovette sopprimere questi ultimi vestigi di sovranità locale, e dichiarò, colla legge del 16 ottobre 1791 (1), che gli atti dei notai erano esecutivi in tutto il regno, senza alcun visto o suggello; il che è stato formalmente ripetuto dall'articolo 547-636 del codice di procedura.

Tuttavia, giusta questa stessa legge del 1791 (2), e giusta l'articolo 28 della legge attuale sul notariato, la legalizzazione (3), cioè l'attestato del presidente del tribunale del distretto in cui è stata rilasciata la spedizione, che la sottoscrizione del notajo è vera, è necessaria quante volte si voglia far valere l'atto al di là di certi dati limiti. Questi sono l'ambito di giurisdizione della corte di appello pei notai stabiliti nel capo luogo di questa corte, e l'estenzione del dipartimento per tutti gli altri notai (*).

La legalizzazione non debbesi confondere col *pareatis*, perciocchè essa esisteva anche anticamente, indipendentemente da questa formalità, che non poteva farne le veci. Infatti, la legalizzazione era data, come vien data oggi, dal giudice del luogo in cui è steso l'atto, mentre il *pareatis* era rilasciato dal potere centrale, o dal magistrato del luogo dell'esecuzione. Il *pareatis* era richiesto solamente per le copie esecutive; la legalizzazione, che concerne la sincerità dell'atto, era ed è tuttora richiesta per qualunque brevetto o spedizione, anche non esecutiva, di che si voglia fare uso al di là dei limiti determinati dalla legge. Finalmente, per quanto riguarda tali limiti, la legalizzazione non si richiede (4), anche per quanto concerne i notai di distretto e di cantone, se non quando trattisi di far uso dell'atto al di là, non del distretto o del cantone, ma del dipartimento: pruova evidente che, in questa istituzione, trattasi della maggiore o minore notorietà della firma del notajo, e non già della forza esecutiva. Quindi la mancanza di legalizzazione non può essere di ostacolo all'esecuzione se non quando la parte convenuta muova dubii sulla firma, e richiegga una spedizione esecutiva legalizzata. Ma, fattosi, per esempio, una volta il pignoramento, senza reclamo, non lo si può dichiarare nullo per ragione di un tal vizio di forma. Un arresto di rigetto del

(1) Titolo 1, sezione II, articolo 13 e 15.

(2) *Ibidem*, articolo 18.

(3) Antichissima formalità perciocchè si ritrova nel Tesoro delle . . . . una copia degli statuti dei sartori di Montpellier, in data del 1323, sottoscritta da due notai reali, le di cui firme sono legalizzate da un giudice regio e da un ufficiale (giudice ecclesiastico)

(*) L'ambito di giurisdizione entro il quale non è necessaria la legalizzazione dell'atto notarile si è la provincia in cui risiede il notajo, senza distinguere se il notajo risiede nel capo-luogo o negli altri punti di essa (art. 52 della legge del notariato). Questa legalizzazione si fa dal presidente della camera notarile della provincia in cui è fissata la residenza del notariato.— *Il Traduttore.*

(4) Legge del 25 ventoso, articolo 28.

Digitized by Google

10 luglio 1817 considerò con ragione l'ostacolo nascente da questo vizio, come puramente proibitivo.

Per quanto concerne gli atti ricevuti da uffiziali stranieri, sebbene debitamente legalizzati secondo la forma del paese, e rivestiti della firma dell'agente diplomatico francese, l'esecuzione non può aver luogo in Francia senza una sentenza che l'autorizzi [codice di procedura articolo 547-636]. Applicasi in tal caso tra nazione e nazione quello che applicavasi anticamente tra provincia e provincia.

429. Finalmente havvi un' ultima formalità interamente estrinseca, che non ha più oggi l' importanza che aveva altravolta. Il controllo, che corrisponde al nostro registro, stabilito per gli atti notarili sin dal 1581, aveva allora per oggetto di assicurarne la data. Da ciò la conseguenza ineluttabile che non poteva procedersi ad esecuzione sopra una spedizione non controllata.

La legge del 19 dicembre 1790, nel creare il registro, ne aveva fatto parimenti una condizione di validità intrinseca, in mancanza della quale (articolo 9) « l'atto ragato innanzi notajo non poteva valere che « come atto sotto firma privata. » Ma questa regola era poco in armonia colla fede di che godono i notai, fede che non può essere ragionevolmente subordinata all'adempimento posteriore di una formalità fiscale. Quindi la legge del 22 glaciale anno VII non riprodusse questo rigore. Dalla combinazione degli articoli 33 e 34 di questa risulta che la mancanza di registratura di un atto notarile non può produrre altro che la condanna ad una multa, all' incontro di quello che avviene per gli atti di usciere [*].

SECONDO PUNTO.

Fede degli atti notarili e degli atti autentici in generale.

430. Supponendo l' atto rivestito di tutte le formalità intrinseche sostanziali, veggiamo quale sia la fede che vi si attribuisce. I principii che noi procureremo di stabilire non si applicheranno solamente agli atti notarili, ma a qualunque atto autentico, per lo meno in materia civile; perciocchè noi vedremo che in materia criminale, non si attribuisce la medesima fede a tutte le dichiarazioni degli uffiziali pubblici.

431. Lasciamo ora da canto le formalità estrinseche. Noi non ci dobbiamo occupare qui dei casi in cui l'esecuzione dell'atto può essere arrestata da cause che non ne attacchino nella sostanza l' autorità, nè ricercare, per esempio, se la facoltà di accordare dilazione ad un infelice debitore (codice civile articolo 1224-1197) possa esercitarsi anche quando il creditore possegga un titolo esecutivo. Sono queste delle difficoltà che riferisconsi all' esercizio del dritto, e non mai alla pruova del medesimo. Se noi parleremo in appresso, quando perverremo all'iscrizione in falso, della sospensione dell'esecuzione (*ibidem*, articolo 1319-1273), si è perchè allora la controversia si aggira sulla fede dell'atto, e non già semplicemente sopra il maggiore o minor rigore che deve presiedere all'esecuzione di un atto supposto valido.

432. I nostri sviluppi sulla fede

(*) Uniformi: Championnère o Rigand, *Trattato dei dritti di registratura*, t. IV, num. 3811; Zachariae, § 755, numero 1; Bourges, 17 maggio 1817.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

dell' atto autentico si riporteranno a due quistioni ben distinte:

1. Qual' è, in generale, la fede di un atto di questa natura?

2. Qual fede possono meritare gli atti segreti destinati a modificare un atto ostensibile ordinariamente autentico, val quanto dire le controscritture?

§ 1. *Che cosa provino gli atti autentici.*

433. Noi dobbiamo pria di tutto richiamare qui una distinzione fondamentale tra gli atti autentici, e le scritture private: distinzione già da noi cennata nell'entrare in materia (numero 372). Gli atti privati hanno bisogno di essere verificati in giudizio. All'incontro, l'apparenza dell'atto autentico basta per far presumere l'autenticità, a meno che non si prenda la via dell' iscrizione in falso. Fatta questa osservazione preliminare, noi supporremo che l'atto autentico sia realmente l'opera dell'ufficiale del quale porta l'apparente sottoscrizione.

434. Il funzionario che riceve un atto al quale egli ha carattere per dare l' autenticità, è un testimonio rivestito d'un carattere officiale onde attestare quello che alla sua presenza si avvera. La sua missione ha un'alta importanza, ma essa è assolutamente speciale, perciocchè egli non può attestare se non quei fatti che egli ha veduto ed inteso nell' esercizio delle sue funzioni. Dumoulin, al quale bisogna sovente rimontare, per afferrare nell'origine sua [1] la dottrina che con maggiore o minore alterazione è passata in prosieguo negli scritti di Pothier e nel codice civile, si esprime in questi termini nel suo commentario sulla consuetudine di Parigi [2]: « Quod ego « intelligo et limito esse verum, ad « limites et substantiam facti, tem- « pore instrumenti gesti, et in ejus « tenore contenti et affirmati, secus « quoad facta et circumstantias, quae « tunc nec fiunt, nec disponuntur, « sed tantum recitantur. »

Questa teorica, sulla quale noi ritorneremo quando tratteremo degli atti dello stato civile, relativamente al quale principalmente la sua applicazione solleva ben gravi difficoltà, è stata consagrata, per quanto concerne gli atti notarili, da numerose decisioni della giurisprudenza. Così, è stato riconosciuto non essere necessaria l'iscrizione in falso per sostenere, contro l'asserzione del notajo, che un testatore non era sano di mente [1][*]. Bisogna all'incontro iscriversi in falso, quando voglia provarsi, contro il tenore di un testamento autentico, che il testatore si trovava in un stato tale da non poter dettare egli medesimo il suo testamento [2]. L'autenticità non abbraccia che l' attestato dei fatti dei quali l' uffiziale sia stato personalmente testimonio nell'esercizio delle sue funzioni, *quorum notitiam et*

(1) Noi non intendiamo dire che sia Dumoulin quegli che abbia personalmente creato tutta la teoria relativa alla fede degli atti; ma egli è stato il primo che abbia riunito e fuso le nozioni che si trovavano sparse e confuse nelle opere degli antichi scrittori.

(2) Titolo 1. § 8, numero 9.

(1) Vedi un arresto di annullamento del 22 novembre 1810.

(*) Zachariae, § 755, numero 2; cassazione, 14 febrajo 1828, e 18 agosto 1846. L' articolo 1416 del codice sardo dichiara espressamente che l'atto pubblico fa piena fede anche *dei fatti seguiti alla presenza del notajo* od altro pubblico uffiziale che lo ha ricevuto.—*Il Traduttore.*

(2) Arresto di rigetto del 19 luglio 1817.

Digitized by Google

scientiam habet, propriis sensibus visu et auditu, secondo le espressioni si spesso citate di Dumoulin [1].

Osserviamo, del resto, che, anche nel caso in cui la dichiarazione dell'uffiziale non fa fede sino all'iscrizione in falso, non è sempre permesso di provare con testimonii il contrario di quello che trovasi enunciato nell'atto. Questa pruova sarà certamente ammessibile, quando si tratterà di un punto completamente estraneo al ministero del redattore dell'atto, come sarebbe lo stato morale del testatore. Ma quando trattasi di circostanze di cui l'uffiziale, quando non ne sia stato personalmente testimonio, ha dovuto assicurarsene per la regolarità dell'atto, si ricade sotto l'impero della regola che proibisce di provare con testimonii contro ed oltre il contennto negli atti [articolo 1341-1295]. Questo è stato deciso da un arresto di annullamento del 3 luglio 1838, relativamente al domicilio dei testimonii istrumentali.

La pruova contraria finalmente è ammessa senza alcuna specie di restrizione (2), quando l'atto, sebbene inattaccabile, per quanto riguarda l'uffiziale che l'ha fatto, è impugnato per causa di frode, allora non havvi luogo nè a richiedere l'iscrizione in falso, perciocchè l'uffiziale non fa altro che attestare la realtà e non la sincerità delle dichiarazioni fatte dinanzi a lui, nè a respingere la pruova testimoniale, perciocchè la frode è fuori della regola stabilita dall'articolo 1341-1295 (numero 106).

(1) *Ibidem*, § 54 — Egli ha cura di aggiungere che avverrebbe lo stesso della testimonianza degli altri sensi, del tatto, del gusto e dell'odorato. Così gli assaggi dei *sensali-assaggiatori-soprastanti* di vini (decreto del 25 dicembre 1813) hanno un carattere autentico.

435. Ma in faccia a chi fa fede l'atto autentico?

Se ci riportiamo al testo dall'articolo 1319-1273 del codice civile, sembra che la fede di esso sia limitata alle parti contraenti ed ai loro eredi o aventi causa. Qui, egli è vero, l'espressione *avente causa* comprende, per confessione di tutti, gli aventi causa, anche a titolo singolare, come un compratore, il quale sarebbe incontestabilmente legato da qualunque operazione traslativa di proprietà, emanata dall'autore suo, quando fosse autenticamente attestata.

Ma dobbiamo noi arrestarci a questo punto, ed ammettere che la fede dell'autenticità non esista in faccia ai terzi che non siano aventi causa dei contraenti; che, precisamente il compratore, invocando la prescrizione di dieci e di venti anni, non possa, per determinare la data della vendita, opporre un atto autentico all'antico proprietario, il quale non è affatto l'avente causa delle parti contraenti? Una simile proposizione non potrebbe sostenersi. Uno dei più grandi vantaggi del carattere pubblico di che sono rivestiti talnni uffiziali, si è che la testimonianza loro ha autorità in faccia a tutti, e non solamente in faccia alle parti contraenti o dei loro aventi causa. Non dobbiamo adunque attenerci alla lettera dell'articolo 1319-1273.

Or, non è egli più esatto dire con Pothier (3), quello che vien ripetuto tutto giorno dopo di lui, che l'atto prova solamente contro un terzo *rem ipsam*, cioè che la conven-

(2) Rigetto del 2 marzo 1837 e del 12 marzo 1839.

(3) *Trattato delle obbligazioni*, numero 739.

Digitized by Google

zione che esso racchiude è realmente avvenuta? Ma l'atto non prova altra cosa contro le parti medesime. Quello che havvi di più per le parti, anzichè pei terzi, si è che esse sono strette dall' obbligazione. Esse non lo sono tuttavia se non in forza della convenzione, di cui la scrittura è la pruova. Ed è di questa convenzione che può ben dirsi che essa non nuoce ai terzi. Questo ha inteso esprimere l'articolo 1319-1273, il quale confonde la pruova colla sostanza del dritto, e che ripete abbastanza inutilmente quello che l'articolo 1165-1118 aveva detto molto più a proposito, parlando dell' effetto delle convenzioni, che esse non hanno effetto che tra le parti contraenti, e che esse, in generale, non giovano nè pregiudicano ai terzi.

È adunque inesatto il sostenere, tanto che l'atto autentico non prova nulla in faccia ai terzi, tanto che esso prova meno in faccia ai terzi; anzichè in faccia ai contraenti. Esso prova in faccia a tutti quello che il notajo è incaricato di attestare, e nulla più. « Acta vel quaecumque « scripta publica probant seipsa, « id est rei taliter gestae fidem fa« ciunt inter quoscumque. » Tali sono le espressioni di Dumoulin (1), che Pothier tradusse con molta inesattezza, quando disse che l'atto prova *rem ipsam* in faccia ai terzi: perciocchè Dumoulin attribuisce questa forza all' atto in faccia a tutti, per quanto concerne la pruova, *quoad veritatem seu probationem rei gestae.*

Or se, prosegue questo robusto ragionatore [2], si esaminano nella

sostanza gli eff
dire la conve
fectum actus
dente che es
giovare che
traenti, *quia*
nocet, nec ob
ter alios. Ma
dissimamente
quistione di
« nenda sunt
« cumque pe
« plerumque
« cunt instru
« extraneos n
« verbum pr
« sive impro
« sive praeju
« rum vere et
« blicum inst
« est aeque p
È ben doloro
gio grossolan
surato sin da
venga ancora
esso dà luogo
sioni; però l
mette, nè pot
l' atto autenti
tutti. (3) [*].

436. Una r
gli atti pubbli
perciocchè es
mente alla in
è quella che d
alla fede dall
se esse abbia
porto diretto
dice civile ar
quanto dire
traenti, avevan
sto rapporto

(1) Commentario sulla consuetudine di Parigi, § 8.

(2) *Ibidem*, § 10.

(3) Vedi un arresto della corte di Bordeaux del 25 agosto 1810.

(*) Uniformi: Toullier, t. IV, numero 765; Duranton, tomo XIII, numeri 80 e 81; Zachariae, de Villargues, l *autentico*, num.

(4) Appartier lutare se quest non esista nella zo 1834).

Google

nunciativa è uguale a quella della disposizione principale. « Se taluno, dice Pothier [1], con un atto, riconosca una rendita in questi termini: «riconosce che la tale casa da lui posseduta è gravata in favore di Robert, presente, di tanta rendita per ogni anno, di cui gli arretrati sono stati pagati sino a questo giorno, ed in conseguenza si obbliga continuarla,» questi termini, *di cui gli arretrati sono stati pagati*, sebbene siano semplicemente enunciativi, e non si dica che Robert riconosce averli ricevuti, fanno nondimeno fede del pagamento contro Robert, parte nell'atto, perchè essi hanno rapporto alla disposizione dell'atto stesso, nel quale dovevasi necessariamante far menzione di quanto effettivamente era dovuto per arretrati della rendita.

Quando però, per l'incontro, questo rapporto non esiste; come, per esempio, se nell' atto contenente la vendita di un fondo, il venditore abbia enunciato essere il medesimo provveniente da una data successione, questa enunciativa non avrà più la stessa forza di quella che riferivasi agli arretrati nella specie precedente, perciocchè l' attenzione del compratore non si è fissata sopra un'enunciativa la quale non aveva che un rapporto indiretto colla convenzione principale. Non potrebbesi di conseguenza in appresso, reclamando quest'immobile come formante parte della successione indicata, far valere contro l' acquirente il fatto d'avere costui sottoscritto l'atto in cui trovavasi quella incidente enunciativa [2].

Anche questa teorica risale a' tempi di Dumoulin.

« Actus plene probat, dice egli [3], « nedum in tenore et dispositivis in« strumenti, sed etiam in enuntia« tivis, . . . in quantum tamen re« spicit vires et effectum actus prin« cipaliter gesti; secus si de enun« tiativis et praesumptionibus instru« menti, seorsum a principali actu « disputaretur: tunc enim tale in« strumentum non facit plenam fi« dem, sed solum praesumptionem.»

Il codice civile (lo stesso articolo 1320-1274) dice nello stesso senso: « Le enunciative estranee alla « disposizione non possono servire « se non per principio di pruova « per iscritto. » Da se sole esse non sono adunque sufficienti; ma possono servire di appoggio, onde permettere la giustificazione del fatto enunciato per mezzo della pruova testimoniale. Questa menzione trovasi, infatti, in un atto al quale è concorsa la parte contro del quale l'atto stesso s'invoca, e rende ordinariamente verosimile il fatto allegato (*ibidem*, articolo 1347-1301), perciocchè l''uomo è naturalmente inclinato a dire la verità, massime quando non siavi cosa che addimostri che egli abbia un interesse ad occultarla.

Del resto, la quistione della maggiore o minor fede dell'enunciativa contenuta in un atto autentico non è tale da render più grave la responsabilità dell' uffiziale pubblico. Lo scritto da lui steso fa pruova sino all'iscrizione in falso che siffatta enunciativa ha avuto luogo; appartiene al giudice determinare, secondo le circostanze, se essa abbiasi o pur no rapporto colla disposizione principale, ed anche, supponendola incidente, se essa possa servire per

(1) *Trattato dalle obbligazioni*, numero 737.

(2) *Trattato delle obbligazioni*, numero 738.

(3) *Loco citato*, § 10.

Digitized by Google

principio di pruova; perciocchè la menzione potrebbe essere tanto vaga ed indeterminata, da non meritare neanco questa forza sussidiaria.

437. Per quanto concerne i terzi, noi l'abbiamo veduto or' ora, l'atto autentico prova in un modo invincibile che tali dichiarazioni hanno avuto luogo innanzi un dato ufficiale; ma queste dichiarazioni non possono legare che le sole parti dalle quali provengono. Si è nello stesso senso che l' articolo 1320-1274 limita alle parti la fede delle enunciative, quand'anche si abbiano un rapporto diretto colla disposizione dell'atto. È provato in faccia ai terzi che tali enunciative hanno avuto luogo; ma esse non possono pregiudicare ai terzi, ai quali sono completamente estranee. Questa conseguenza dei principii da noi stabiliti è per modo evidente, che essa meriterebbe appena d'essere rammentata, se l'antica giurisprudenza non se ne fosse allontanata, adottando la massima *in antiquis enunciativa probant*, massima che, secondo Toullier (1), sarebbe tuttora in vigore sotto il codice civile.

Dumoulin, il quale non fa altro che riprodurre in proposito una teorica già inveterata nella pratica del suo tempo, insegna che le enunciative, anche incidenti, fanno fede negli atti antichi, anche in pregiudizio dei terzi. « In antiquis, dice egli [2], verba enunciativa plene « probant, etiam contra alios, et in « praejudicium tertii, . . . etiam si « essent incidenter et propter aliud « prolata, ut enunciatio confinium.»

Pothier [3] ammette pienamente questa teorica, per lo meno nel caso in cui le enunciative, quando trattisi di un dritto reale, siano sostenute da un lungo possesso [4]. Così, ai tempi di Pothier l'enunciativa di un dritto di prospetto in un atto antico, sebbene quest' atto fosse stato interamente estraneo al proprietario che pretendevasi soggetto alla servitù, poteva stabilire l' esistenza di questo dritto, quando vi fosse stato un lungo possesso; anche sotto l'impero di consuetudini le quali, come quella di Parigi, consideravano il dritto di prospetto come imprescrittibile.

Come concepire questa teorica in una mente così esatta quanto quella di Pothier, ed in un ragionatore tanto robusto quanto Dumoulin, il quale ha cura di avvertirci egli stesso (5): « Non potest antiquitas de novo in« ducere in totum probationem, « quae nulla est, sed eam demum, « quae aliqua est, coadjuvare? » Ciò spiegasi dal perchè le enunciative provenienti da terzi non erano, nell'antica giurisprudenza, così sfornite di forza quanto esse lo sono presentemente. Noi scorgemmo [numero 107] che esse potevano servire per principio di pruova per iscritto, perchè anticamente bastava un amminicolo qualunque per ammettere la pruova testimoniale. Or, la presunzione fondata sul lungo possesso era ammessa, come essa lo è tutta-

(1) Tomo VIII, numero 64 e seguenti.
(2) *Loco citato* num. 76.
(3) *Trattato delle obbligazioni*, numero 740.
(4) Il lasso di tempo richiesto per quest'antichità, per questo lungo possesso, non era una delle minori difficoltà della materia. Eravi un' estrema divergenza nelle opinioni degli scrittori su questo punto, cominciando da quella che si contentava di dieci anni, sino a quella che richiedeva un secolo (vedi Dumoulin, *ibidem*, numero 81 e seguenti). Il codice civile, in quei luoghi ove parla dell'antichità (articoli 1335-1289, 2º-2º, e 1337-1291), si è limitato a trent'anni.
(5) *Ibidem*, numero 76.

Digitized by Google

via, in quei casi nei quali ammettevasi la pruova testimoniale. Oggi però l'opinione degli scrittori i quali volevano che il principio di pruova per iscritto fosse derivato dalla parte avversa, è stata convertita in legge [codice civile articolo 1347-1301]. Le enunciative adunque, qualunque esse siano, sono completamente inefficaci relativamente ai terzi. Dumoulin e Pothier deciderebbero oggi che una simile menzione, spogliata di qualunque effetto in faccia a coloro che non l'hanno sottoscritto, non potrebbero acquistare col lasso del tempo la forza che ad essa manca. «Non potest antiquitas de novo inducere in totum probationem quae nulla est.»

Bisogna quindi riconoscere nell'attuale dritto che, essendo le servitù discontinue e non apparenti dichiarate dalla legge imprescrittibili [codice civile articolo 691-612], non se ne potrebbe stabilire l'esistenza per mezzo del possesso anche trentennario, congiunto ad una dichiarazione contenuta in un antico titolo, quando questa dichiarazione fosse estranea al proprietario del fondo preteso serviente.

Toullier, sebbene creda tuttora in vigore la massima *in antiquis enunciativa probant*, non si è spinto sino a questo punto; ma egli l'applica alle enunciative sull'età, sulla parentela, che si trovino in atti antichi fatti tra terzi. Se egli intendesse con ciò dire solamente che, quando i giudici possono determinarsi per mezzo di presunzioni, siffatte menzioni debbano avere un'efficacia, e che esse possano averla tanto maggiore, quanto più antico è l'atto in cui le medesime si ritrovano, perciocchè tali atti si prestano meno alla frode, l'asserzione di lui sarebbe perfettamente plausibile. Ma quando egli giunge sinanco a dire (1) che una enunciativa, la quale sarebbe considerata come non avvenuta in un atto recente, potrebbe servire a provare lo stato delle persone quando fosse racchiusa in un atto antico; il che menerebbe ad ammettere che la filiazione, anche naturale, possa risultare da indizii desunti da un atto di questa natura, egli trapianta nella nostra legislazione delle idee che non sono più in armonia col dritto moderno.

Se, come vedremo quando parleremo della pruova letterale in secondo grado, il codice civile [articolo 1235-1289—2°-2°, e articolo 1337-1291] ha talvolta attribuito maggiore efficacia ad antiche scritture, la cura da esso presa di determinare i casi in cui presta in tal modo fiducia all'antichità, addimostra evidentemente che esso non intende stabilire in un modo generale che gli atti acquistano una novella forza probante coll'invecchiare. Altronde, se questo fosse vero, dovrebbesi, come nei tempi andati, ammettere la stessa decisione in qualunque materia, mentre Toullier stabilisce una distinzione affatto irragionevole tra ciò che concerne i dritti reali e ciò che è relativo allo stato delle persone. Retrocedere in tal guisa alla vista delle conseguenze necessarie che ne derivano, importa condannare da se medesimo la enunciata teorica.

438. Un altro antico adagio, che legasi intimamente al primo, si è quello il quale vuole che gli atti antichi si presumano rivestiti di tutte le solennità richieste: « in antiquis « omnia praesumuntur solemniter ac« ta (2).» Quest'adagio non intendevasi nel senso che l'antichità avesse potuto far considerare come non av-

(1) Tomo VIII, numero 166.

(1) Dumoulin, *ibidem*, numeri 75-79.

Digitized by Google

venute le nullità che si apparissero evidenti negli atti, ma nel senso solamente che, nel dubio essa dovea far supporre l'osservanza di tutte le forme richieste.

I nostri antichi interpreti hanno, secondo l'uso loro, preteso che questa idea fosse tratta dal dritto romano; ma essa era straniera alla legislazione di Roma quanto lo è a quella vigente. Quello che si dice solamento in parecchi testi, e principalmente al § 17 *de inutilibus stipulationibus*, nelle istituzioni di Giustiniano, si è che, quando in una scrittura siasi fatta menzione che un dato atto solenne, per esempio, una stipulazione abbia avuto luogo, si deve presumere che tutto siasi fatto secondo le regole: « si scriptum in« strumento fuerit promisisse ali« quem, perinde habetur atque si « interrogatione praecedente respon« sum sit. » Ma questo sarebbe vero, quad'anche la scrittura fosse affatto recente, nè in questo testo nè in quelli che racchiudono simili decisioni, non parlasi per nulla della maggiore o minore antichità della scrittura prodotta. Questo non altro significa se non che non si suppone la violazione della legge sinchè non se ne faccia la dimostrazione.

Lo stesso avviene anche oggi: in tutti i casi in cui la legge non richiede la menzione di talune formalità, presumesi sempre che esse siano state adempiute, senza esaminare quale sia la data dell'atto.

Ma se la menzione dell' adempimento di talune formalità è richiesta a pena di nullità, non è permesso di considerare come equivalente a questa menzione il fatto solo che l'atto sia invecchiato. Quest'atto però non resterà per questo meno radicalmente nullo. Vedesi bene che la massima *in antiquis omnia praesumuntur solemniter acta*, sarebbe soverchiamente rigorosa, se si trattasse di formalità la di cui menzione non sia richiesta, e di cui debbesi supporre l' osservanza, qualunque siasi la data dell'atto; e che essa sarebbe, per l'opposto, soverchiamente rilasciata nei casi ove talune menzioni sono prescritte a pena di nullità.

Qui Toullier (1) commette un grave errore, quando dice che questa massima, che egli sembra che approvi in generale, non possa essere più applicabile ora che l'azione di nullità si prescrive in dieci anni (codice civile articolo 1304-1258). La restrizione a dieci anni dell' azione di nullità non riguarda che i vizii del consenso nel merito: l'errore, la violenza, il dolo, l'incapacità, e non ha relazione di sorta colla mancanza delle forme prescritte per la validità di un atto. Ogni qual volta le formalità di questa natura non saranno state menzionate, come dovevano esserlo, l'atto sarà radicalmente nullo, qualunque ne sia l'antichità. L'esecuzione di esso non sarà ammessibile giammai. Solamente, se nel fatto sia stato eseguito, non sarà lecito dopo trent' anni di ritornare sull' esecuzione; non perchè questa abbia coverto il vizio di forma, ma perchè l' azione di ripetizione dell'indebito è essa medesima prescrittibile, come essa lo sarebbe nel caso in cui non esistesse neanco l'apparenza di un atto.

Non dobbiamo adunque trar vantaggio dalla prescrizione di dieci anni, la quale è completamente estranea all' argomento che ci occupa; debbesi attaccare di fronte la massima *in antiquis omnia praesumuntur solemniter acta*, e riconoscere che non più parlarsi di essa nel nostro dritto, nel quale essa non ha

(1) Tomo VIII, numero 163.

Digitized by Google

neppure lasciato traccie, come la massima precedente.

§ 2. *Quale sia la fede delle controscritture* (1).

439. Non solamente gli atti debitamente redatti hanno forza probante in faccia a tutti, quando questi atti siano l' espressione sincera della volontà delle parti; il legislatore spingesi più oltre: egli vuole, per taluni riguardi, che le disposizioni ostensibili di questi atti, sebbene segretamente rivocate, conservino tutta la loro validità. Egli in tal guisa, in un' interesse di ordine e di sicurezza sociale, fa trionfare l'apparenza sulla realtà.

440. La parola controscrittura, nel suo primitivo significato, conforme all' etimologia, denota qualunque atto che ne modifichi un primo, tanto se le clausole modificate non siano state giammai reali nell' intenzione delle parti, quanto se esse vi rinunciino posteriormente. Così Domat (2) qualifica come controscrittura la convenzione colla quale un acquirente dichiari fare posteriormente al venditore rimessione dell'obbligo della garentia. Si è questa la ragione per la quale l'antica giurisprudenza non si pronunziò giammai in una maniera generale relativamente alle controscritture, perciocchè questa denominazione comprendeva allora delle convenzioni che non avevano nulla di sospetto. Oggi intendesi generalmente per controscrittura un atto destinato a rimanere segreto, che annulli o modifichi le clausole di un atto ostensibile.

L' atto sul quale le parti ritornano per mezzo della controscrittura, è per lo più un atto autentico: si è questa la ragione per la quale si è fatto tener dietro questa materia a quella dell'autenticità. Ma potrebbe anche trattarsi di un atto privato che avesse acquistato data certa, e che fosse di conseguenza capace di produrre effetti anche in faccia ai non soscrittori (3).

Oggi non è più nemmeno il caso di esaminare, come altravolta, se la stessa controscrittura sia un atto autentico o privato, onde attribuire effetto a quella redatta nella prima forma. Un atto notarile è tanto segreto quanto un atto privato, e siccome voleansi proteggere i terzi, qualunqne distinzione doveva essere rigettata. Poco importa poi che la controscrittura sia sottoscritta, come avviene ordinariamente, contemporaneamente all'atto ostensibile, ovvero solamente dopo un certo intervallo. Appartiene ai giudici valutare, a tenore delle circostanze, se, nell' intenzione delle parti, i due atti [val quanto dire qui le due convenzioni] fossero destinati a fare un tutto unito, o se vi fosse stato un cambiamento fatto posteriormente di buona fede.

441. « Le controscritture, dice « l'articolo 1321-1275 del codice ci- « vile, non possono avere effetto se « non fra le parti contraenti, e non « contro terze persone. (*) »

(1) Può consultarsi il *Trattato delle controscritture* del signor Plasman (seconda edizione, 1839), riassuuto esatto dei documenti su questa materia, ma dove l'autore procede sovente per quistioni staccate, senza fondere e coordinare sufficientemente la sua dottrina.

(2) Libro III, sezione 2, titolo VI, § 14.

(3) Legge del 22 glaciale anno VII, articolo 40.

(*) Il codice parmense (articolo 2267) ammette che le controdichiarazioni fatte per privata scrittura possano avere effetto contro terze persone, quando abbiamo data

Digitized by Google

Non v'ha dubio. agli occhi di una morale rigida, le simulazioni debbono essere completamente riprovate. Plinio il Giovane ci dice (1), parlando di un partito di questa natura che gli era stato proposto: *Respondebam, non convenire moribus meis, aliud palam, aliud agere secreto.* Ed è pur troppo vero che sovente le controscritture sono destinate ad occultare delle frodi, e principalmente quelle in danno del fisco.

Purnondimeno possono esistere delle circostanze nelle quali l' uso di simili mezzi non abbia nulla di biasimevole. Un padre può voler vantaggiare uno dei suoi figli, senza oltrepassare la quota disponibile, ma dissimulando la sua liberalità, onde evitare le contese che la conoscenza di questo vantaggio farebbe nascere da parte degl'interessati. In questa circostanza, come in ogni altra simile, una controscrittura è lecita tra le parti: teorica in armonia perfetta con quella che dichiara valide le liberalità mascherate sino a concorrenza della quota disponibile, che si ammette generalmente oggi sotto l'impero del codice civile [articolo 911-827], per quanto sia controversa nella legislazione. Ma questa validità è limitata ai soscrittori della controscrittura; essi non debbono pel fatto loro indurre in errore i terzi.

442. Ma, che cosa dobbiamo intendere per *terze persone*? Questa espressione ha essa qui lo stesso significato che noi le attribuimmo, quando, nel paragrafo precedente, dicevamo che le convenzioni stabilite con un atto, anche autentico, obbligano i contraenti, ma non obbligano i terzi? Noi intendevamo allora per terzi coloro che sono *penitus extranei*, come sarebbe il vicino, sul fondo del quale io dichiarassi avere una servitù. Ma i successori, anche a titolo particolare, come i terzi acquirenti, sono incontrastabilmente legati dalle convenzioni dell' autore loro, purchè esse siano legalmente stabilite. Essi non sono adunque terze persone, ma aventi causa, nel senso dell' articolo 1319-1273 del codice civile: quello che è autenticamente provato in faccia al venditore, lo è parimente in faccia al compratore.

Tale non è però il senso della parola *terzi* in materia di controscritture. Non trattasi più allora di persone completamente estranee ai contraenti, persone alle quali nè l'atto apparente, nè la controscrittura potrebbe nuocere, per la ragione semplicissima che non ci è lecito disporre dei dritti altrui. Trattasi evidentemente questa volta degli aventi causa delle parti contraenti, le quali aveano il dritto di contare sull'esistenza dell'atto sebbene segretamente modificato dalla controscrittura. Così, i terzi acquirenti, i quali sarebbero obbligati a rispettare l'atto autentico sottoscritto dal loro venditore prima di quello che forma il loro titolo, possono, per l'opposto, far dichiarare non avvenuta in faccia a loro la ricognizione occulta da costui fatta in prò del proprio venditore, per dimostrare che la vendita era simulata. Ed è ben precisamente perchè essi sono gli aventi causa della persona che ha in tal guisa reso nullo il suo proprio titolo di acquisto, che essi hanno interesse ad impugnare questa controscrittura, dalla quale non avrebbero che temere i terzi *penitus extranei*.

certa. Il codice sardo non ha disposizione speciale per le controscritture.—*Il Traduttore*.

(1) Libro V, lettera 1.

Digitized by Google

Questo dritto appartiene incontestabilmente a tutti gli aventi causa a titolo particolare, ai creditori ipotecarii, come ai terzi acquirenti (1)[*]. È però certo nell' ugual modo che lo si debbe negare ai successori a titolo universale, i quali, essendo la continuazione della persona del defunto, non possono evitare alcuna delle obbligazioni da lui consentite.

Lo stesso deve dirsi del mandante relativamente al suo mandatario [2]. Avendo per intero seguito la fede di lui, egli è, per così dire, identificato con esso, e deve di conseguenza eseguire tutti gli atti, pubblici o segreti, da lui sottoscritti prima della revoca del mandato[**].

443. Il dubio è maggiore relativamente ai creditori chirografarii di una delle parti. Sono essi legati dalla controscrittura dell'autore loro, quando vengono ad esercitare i dritti di lui? Il venditore potrà egli opporre, per esempio, ai creditori dell'acquirente, che reclamano l' immobile in nome del loro debitore, un atto segreto portante aumento del prezzo ostensibile?

In favore dell' affermativa, invocasi il principio generale che i creditori non hanno dritti maggiori di quelli del loro debitore, alla fede del quale reputasi che essi siansi abbandonati. Questo viene infatti deciso quando ricercasi in vantaggio di chi siano richieste talune forme di pubblicità per la trascrizione della proprietà, la trascrizione per gl'immobili sotto il sistema della legge del dì 11 brumale anno VII, la tradizione pei mobili, sotto il codice civile. Allora per terzi non s'intendono altri se non coloro i quali possono valersi di un titolo speciale, e non i creditori, i quali non hanno che un dritto vago sul patrimonio del loro debitore.

Ma la negativa è sorretta dallo spirito della legge in materia di controscritture. L'atto ostensibile era di una natura tale da indurre in errore i creditori chirografarii, al pari degli aventi causa a titolo particolare. Or, il venditore ha partecipato alla reticenza della quale vorrebbe ora giovarsi. È il suo proprio fatto quello che ha dato nascimento ai dritti ch' ei vorrebbe oggi distruggere. Se i creditori sono rappresentati dal loro debitore, ciò non si avvera quando trattasi precisamente di convenzioni le quali, tendendo a sottrarre loro una parte del patrimonio di questo debitore, sono in faccia ad essi sospette di frode.

Non è poi esatto mettere in confronto i principii sulle controscritture con quelli che regolano la trasmessione della proprietà in faccia ai creditori. Se il terzo detentore sinanco nel sistema della pubblicità dei dritti reali, vince i creditori chirografarii, ciò ha luogo perchè egli non deve rimproverare se stesso d'a-

(1) Rigetto del 25 aprile 1826.

(*) Uniformi: Merlin, *Quistioni di dritto*, v. *Terzo*, § 2; Grenier, *Ipoteche*, t. II, num. 345; Duranton, tomo XIII, n. 129 e seguenti; Ducorroy *Dissertazioni*, *Temi*, tomo III, pag. 5; Troplong, *Ipoteche*, tomo II, num. 529; Zachariae; § 756, num. 2; Cassazione 18 settembre 1810; Caen, 19 marzo 1823; Cassazione, 20 febrajo 1827; Bordeaux, 30 marzo 1829; Tolosa, 7 luglio 1831; Bastia, 24 giugno 1833; Grenoble, 9 maggio 1833: vedi contra, Toullier, tomo VIII, num. 245 e seguenti, e tomo X, num. 576 e seguenti. —*Il Traduttore.*

(2) Bordeaux, 25 luglio 1826.

(**) La controscrittura interceduta tra il creditore ed il debitore non è efficace rimpetto al cessionario del creditore. Corte Suprema di Napoli, arresto del 21 aprile 1849, causa *Lembo* e *Sassoni*. V. *Gazzetta dei Tribunali*, n. 396, pag. 619.— *Il Traduttore.*

Digitized by Google

vere usato simulazione in faccia a loro: mentre, nella specie, può rimproverarsi al venditore di avere volontariamente lasciato credere ad essi che l'autore loro non era debitore se non di un prezzo inferiore al prezzo reale.

Tale si è, infatti, la teorica di un arresto di annullamento del 23 febrajo 1835, il quale stabilisce come principio, che in materia di controscritture, i terzi sono quelli che non hanno sottoscritto questi atti; mettendo però evidentemente nella medesima linea dei soscrittori coloro che sono stretti dalle obbligazioni di questi, come gli eredi ed il mandante [1] (*).

444. Questo fatto di dissimulazione personale, invocato qui contro colui che vuole giovarsi della controscrittura, può servire di risposta all'objezione che presentasi talvolta contro questa teorica, quando si fa osservare che essa trovasi in contradizione col difetto di pubblicità che esiste presso di noi per gli atti del maggiore interesse. Non havvi alcuna intima connessione tra l'articolo 1321-1275 e la legge del dì 11 brumale anno VII, perciocchè il disfavore delle controscritture ebbe principio nell'antica giurisprudenza, quando badavasi poco alla pubblicità per la
prietà. Altr
immobile a
tori è una
turosamente
tica; mentr
state usitatis
le convenzi
ressa nasco
per questa
lecitudine d
que ha fatt
faccia ai te
dal sistema
mente adot
della propri
zioni di cui
sentire i gr

445. Tutt
re che le co
faccia agli
abbiamo pu
ritti, atti c
come lo son
parti in fac
tranei, ai
pregiudicare
vile articolo
pio general
avendo effet
contraenti, p
ai loro aven
no farle di
per quanto

(1) Vedi nello stesso senso un arresto della corte di Parigi del 29 aprile 1837.

(*) Parigi, 29 aprile 1837 (*Journal du Palais*, tome 1, 1837, pag. 499); Lione, 21 giugno 1837 (tomo 2, 1837, pag. 404); Cassazione, 20 febrajo 1827, e 20 agosto 1841 (tomo II, 1841, pag. 289); Tarrible, *Repertorio*, v. *Privilegio*, sez. 4, § 1; Plasman, *Controscritture*, pag. 31 e seguenti.

— Quando posteriormente ad un atto autentico col quale varie persone siansi obbligate solidalmente al pagamento di un prestito, l'una di esse dichiara, con una scrittura privata, che il prestito ha avuto luogo nel suo solo interesse, e che l'obbligo del paga
carico, non p
atto una contr
quest'atto può
bitori di colui
massa dei di l
gio 1851. (*Iou*
pag. 640). — I d
debitore non d
rispettivamente
di quelli i di
toli autentici a
sono escludere
tori, quando i
sottoscritti sen
duttore.

non si può ritorcere contro di loro questa facoltà, la quale è stata esclusivamente introdotta in loro vantaggio. Le controscritture non hanno effetto *cotro i terzi* [*ibidem*, articolo 1321-1275]: se però, invece d'impugnarle, essi le invocano; se sono, per esempio, i creditori de' venditori quelli che richiedono dal compratore un supplimento al prezzo scritto in un atto segreto, costui non può negarsi al pagamento, come non lo potrebbe in faccia allo stesso venditore, come è stato deciso da un arresto della corte di Parigi del 2 germinale anno XIII.

446. Nelle varie soluzioni da noi sino a questo punto adottate, abbiamo supposto che una controscrittura, portante aumento del prezzo stipulato in una vendita, produca effetti tra le parti contraenti. Questa proposizione però non sarebbe vera che con una distinzione, se dovessimo attenerci all'articolo 40 della legge del 22 glaciale anno VII, così concepito: « Qualunque controscrit« tura fatta sotto firma privata, che « abbia per oggetto un aumento del « prezzo stipulato in una privata « scrittura precedentemente registra« ta, è dichiarata nulla e di nessun « effetto. » Siccome le controscritture avevano abitualmente luogo nella pratica per frodare i dritti del fisco, il legislatore dell'anno VII voleva reprimerle, negando qualunque azione al venditore o al locante [perocchè il testo parla di *prezzo* in generale] onde ottenere le prestazioni supplementarie segretamente convenute.

Questa nullità però non esisteva che sotto due condizioni: 1° che la controscrittura fosse *sotto firma privata:* le controscritture notarili non arrecano alcun detrimento al fisco, perciocchè esse debbono essere registrate entro un breve termine, mentre le altre controscritture non si registrano se non quando si presenti la necessità di produrle in giudizio; 2° che il prezzo sia stato stipolato prima con una scrittura privata precedentemente registrata, e per conseguenza destinata a servire di base per la percezione dei dritti; se i dritti non fossero stati prima percepiti sopra un piede inferiore al prezzo reale, gl'interessi del fisco non sarebbero stati in modo alcuno compromessi.

Merlin insegna (1), e la corte di cassazione aveva da principio deciso che quest'articolo 40, appartenendo ad una legislazione speciale, non era stato abrogato dall'articolo 1321-1275 del Codice civile. Altronde, si soggiunge, le espressioni medesime dell'articolo: « le controscritture non *possono* avere effetto che tra le parti contraenti, » non portano di conseguenza implicita la loro validità in tutti i casi, ma solamente la possibilità di questa validità. Egli è vero che queste espressioni, se non si sapesse l'intenzione colla quale furono inserite nella legge, non sarebbero per se stesse abbastanza precise per arrecare derogazione al testo di una legge speciale; ma ciò che ne addimostra chiaramente il senso si è la discussione che ebbe luogo in consiglio di Stato, in seguito della quale fu redatto l'articolo 1321-1275, che non esisteva nel progetto. Il signor Duchâtel, direttore generale del registro, chiese, nella seduta del 2 brumale anno XII, che si fosse bandito l'uso delle cantroscritture, ma egli fu il solo di quest'avviso.

« Le controscritture, diceva Ber« lier, hanno sovente luogo per elu« dere i dritti dovuti al tesoro pub-

(1) *Quistioni di dritto*, v. *Controscritture*, § 3.

Digitized by Google

« blico, ma questa specie di frode « dev' essere colpita e punita per « mezzo di multe, non mai per mezzo « di nullità: non v' ha caso in cui « il legislatore debba mettere la sua « volontà invece di quella delle parti, « per accrescere o diminuire le ob- « bligazioni rispettive che esse si han- « no imposto.»

Il console Cambacérès richiamò allora, per censurarlo, l'articolo 40 della legge di glaciale: al che Tronchet soggiunse: « Bisogna distingue- « re: una controscrittura dev' esser « valida tra le parti, e nulla con- « tro i terzi; or l' amministrazione « del registro è un terzo relativa- « mente all'atto.» La redazione che fu fatta in prosieguo dalla sezione di legislazione, non fu evidentemente se non la riproduzione di questa teorica di Tronchet. Ed è ben male a proposito che si accusa l'interpretazione nostra di far metter piede al codice civile sul dominio delle leggi speciali. Per l'opposto, erasi, nella specie, la legge fiscale quella che avea fatto usurpazioni in danno del dritto comune, chiamando la mala fede in sostegno delle sue disposizioni.

Quello che sopravvive tuttora dell'articolo 40 si è un'ultima parte che colpisce di multa tripla del dritto che avrebbe dovuto corrispondersi sui valori dissimulati, le parti che hanno in tal guisa accresciuto con una controscrittura il prezzo stipolato. Che si aggravi ancora questa multa, se questo è necessario, ma si rispettino le convenzioni delle parti. Un arresto di rigetto del 10 gennaro 1819 si è pronunziato in questo senso. Parecchie corti, principalmente quella di Dijon, a 9 luglio 1828, e quella di Aix, a 21 febrajo 1832, hanno fatto eco a questa teorica. Quello che è poi notevole si è che l'arresto della

corte di Di
ricorso per
un altro cap
il mezzo de
servazione d
di glaciale
sostenuto.

447. Se
di una dimi
venuta in u
vi sarebbe
di qualunqu
be il dritt
come non a

448. Ha
stesso codic
1350) pro
controscritt
enti. Ciò av
di cambiam
fatte dopo
di matrimo
ovvero sen
coloro che
medesimo.
tal caso la
riprende il
nell'antica
sempliceme
un primo
un modo
quand'anch
biamento
convenzioni
servi stata
cultazione
rientrerebb
dell' articol
civile, bi
modo deci
lativamente
le condizi
non siano
sola dissin
cambiamen
forme si è
proscrivere

È adun
nanzi, con

Digitized by Google

nella redazione dell'articolo 1321-1275, le regole sulle controscritture nei contratti di matrimonio, come formanti eccezione al principio generale di quest' articolo. L' articolo 1396-1350 è una disposizione speciale, che restringe la capacità delle parti, ed è ben chiaro che l'articolo 1321-1275, pronunziando in faccia ad esse la validità delle controscritture, le ha supposto capaci. L' articolo 1321-1275 proscrive le controscritture, come occultazione in faccia ai terzi solamente; l'articolo 1395-1350 vieta, anche in faccia alle parti, allorchè manchino talune condizioni, i cambiamenti al contratto, cambiamenti di cui le controscritture propriamente dette non sono che una specie. All' incontro la parola controscrittura ripiglia il suo naturale significato nella disposizione seguente (articolo 1397-1351), la quale dichiara senza effetto relativamente ai terzi i cambiamenti e le controscritture, quantunque regolari in faccia alle parti, quando non siano state stese a piè della minuta del contratto di matrimonio.

449. Finalmente non bisogna confondere colle controscritture le riserve fatte espressamente nell' atto in vantaggio di un terzo, come sarebbe la *dichiarazione di mandato*, colla quale il compratore si riserva di nominare, entro un dato termine, la persona, che assumerà per suo proprio conto il negozio. Non havvi in questo caso alcuna modificazione segreta di un atto ostensibile, perciocchè l' atto medesimo annunzia la riserva. La dichiarazione di mandato produce quindi effetti in faccia a tutti, salva la necessità di notificarla entro ventiquattr'ore all' amministrazione del registro, quando vogliasi evitare il doppio dritto di mutazione (1).

450. Debbesi osservare lo stesso termine di ventiquattr' ore quando trattisi di una controscrittura tendente a far considerare la mutazione come non avvenuta. Le parti non possono evitare il pagamento del doppio dritto graduale se non quando siansi dismesse dalle loro convenzioni per mezzo di un atto autentico stipolato entro le ventiquattr'ore a contare dalla rescissione dell' atto (2). Spirato questo termine, potrebbesi, in materia civile, esaminare se siavi stata controscrittura o retrocessione; ma in materia fiscale, si presume la retrocessione. Se fosse altrimenti, quando un compratore venisse a rivendere al suo venditore l'immobile da lui comprato, eluderebbonsi agevolmente i dritti di mutazione, presentando l' atto nuovo come una controscrittura. Resterebbe, egli è vero, la facoltà, di provare la frode, ma, in materia di percezione di dritti, è necessario muovere da punti fissi ed invariabili. La corte di cassazione si è pronunziata in questo senso, a 7 agosto 1807 e a 23 ottobre 1808 (3).

Seconda Divisione.

Degli atti dello stato civile, e specialmente delle fede che si attribuisce a tali atti.

451. La nostra intenzione non è di abbandonarci ad una minuziosa disamina delle forme tracciate dalla legge per la redazione degli atti dello civile [4]. Quest'esame offrirebbe poco

(1) Legge del 22 glaciale, anno VII, articolo 68 § 1, 24.
(2) *Ibidem*, articolo 40.
(3) Vedi in una specie analoga l'arresto di cassazione reso, a sezioni riunite, il 29 dicembre 1821.
(4) Possono consultarsi sulla parte storica di questa materia, già sopra indicata

Digitized by Google

interesse, in quanto allo scopo da noi propostoci in quest'opera, perciocchè niuna di tali forme è prescritta a pena di nullità, e quindi non possono farsi valere le menzioni che racchiude l'atto, salvo a rettificarlo, quando ne sia il caso. I dritti delle parti interessate, estranee pel maggior numero delle volte alla redazione di così preziosi documenti, non possono dipendere dalla negligenza o dall'ignoranza di uffiziali i quali, principalmente nelle campagne, offrono garantia minore dei notai: questo risulta dalla discussione in consiglio di Stato [1], ed è stato espressamente deciso dalla corte di cassazione [2], da quella di Bruxelles [3], e da quella di Angers [4]. Questo principio fondamentale della materia non è impugnato in tesi generale; ma noi avremo occasione di osservare che talune teoriche tendono a sconoscerlo nell'applicazione.

Per questa ragione, generalizzando quello che abbiamo avuto occasione di dire per la pruova del matrimonio (numero 156), noi siamo d'avviso che non debbansi respingere, come sforniti di qualunque fede, gli atti scritti sopra fogli volanti: questo è stato deciso dalla corte di Metz, a 19 agosto 1824, relativamente ad un riconoscimento di figlio naturale. È da rimarcarsi altronde la leggerezza della pena pronunziata per questa contravvenzione dall'articolo 192 del codice penale, il quale non pronunzia che una pena da uno a tre mesi di prigionia, ed un'ammenda da sedici a duecento franchi.

Le espressioni dell'esposizione dei motivi su quest'articolo vengono anch'esse in sostegno della nostra opinione. « In questo caso, dice il signor Berlier, gli uffiziali compromettono lo stato civile delle persone; essi si rendono colpevoli per lo meno di negligenza, ed il bisogno di mettere in regola una parte tanto interessante giustificherà piemente le pene di polizia correzionale che loro vengono inflitte. » Or, come mai il legislatore avrebbe potuto credere necessario di giustificare, nella specie, l'applicazione di pene correzionali, se l'iscrizione sopra un foglio volante bastasse per togliere all'atto ogni forza probante; il che è ben altra cosa che l'irregolarità di che parla il signor Berlier?

Noi opiniamo anche con Merlin [5] che non vi sarebbe nullità nel caso in cui l'uffiziale dello stato civile ricevesse l'atto di nascita, di matrimonio o di morte dei suoi congiunti più prossimi, o benanco quello attestante il parto di sua moglie, sebbene in simili casi convenga meglio astenersi. Il solo limite che la natura stessa delle cose arrechi, sotto questo aspetto, alla sua competenza, si è che egli non

(numero 146), le *Ricerche sulla legislazione* e la *Tenuta degli atti dello stato civile*, di Berriat Saint-Prix (1842). Rilevasi da questo lavoro, che i registri più antichi, attestanti le nascite, matrimonii e morti, sono quelli della parrocchia di S. Giovanni in Grève a Parigi, che portano la data del 1515. La memoria del signor Loir già citata, *sullo stato religioso e civile dei cattolici in Francia prima del 1792* (*Rivista di dritto francese e straniero*, t. VI, pag. 701 e seg.), contiene dei documenti ancor più completi.

(1) Seduta del 6 fruttidoro anno IX.

(2) Rigetto del 13 fruttidoro anno X.

(3) 4 luglio 1811. Nella specie decisa dalla corte di Bruxelles, trattavasi di un atto di nascita, nel quale non facevasi menzione nè dell'età dei genitori, nè di quella dei testimonii, nè della presentazione del fanciullo all'uffiziale dello stato civile, nè del luogo della nascita.

(4) 25 maggio 1822.

(5) *Repertorio* v. *Stato civile*, § 5.

Digitized by Google

potrebbe evidentemente esercitare le sue funzioni relativamente al suo proprio matrimonio; vi sarebbe impossibilità materiale e morale per lui a figurare nello stesso atto come interrogatore e come interrogato ad un tempo.

452. Noi quindi lasceremo da canto le forme, per occuparci esclusivamente delle fede che si attribuisce agli atti della stato civile. E primieramente ricercheremo, in generale, quale fiducia possa meritare l'uffiziale dello stato civile nell'esercizio del suo ministero.

È fuor di dubio che quest' uffiziale, al pari del notajo, attesta solamente quello di che è stato testimonio; cioè che siasi fatta una data dichiarazione, che siano avvenuti taluni dati fatti alla sua presenza. Ma, per quanto concerne la realtà dei fatti che a lui sono solamente dichiarati, *quae non fiunt, nec disponuntur, sed tantum recitantur*, come lo dice Dumoulin, egli non può assicurarla. Segue da questo che non può procedersi colla via del falso, per lo meno contro l'uffiziale dello stato civile, per l'inesattezza delle osservazioni registrate nell'atto, purchè tali asserzioni siano state fedelmente riprodotte. Sembra quindi da ciò, come è stato deciso da un arresto di rigetto del 12 giugno 1823, che quello che debbe ritenersi per provato sino all' iscrizione in falso, si è che talune persone abbiano dichiarato l'esistenza di taluni dati fatti al funzionario redattore, ma non mai che queste dicharazioni siano conforni alla verità; quest' ultimo punto non può ritenersi per istabilito che sino a pruova in contrario.

453. Secondo quest' arresto del 1823, la « falsità della dichiarazione dei testimonii non è che un mendacio, il quale non altera per nulla la sostanza dell'atto. » Ma una teorica ammessa da molti scrittori, e che prevale oggi nella giurisprudenza, vede, all'incontro, nelle false dichiarazioni di questa natura un falso specialmente preveduto.

L'origine di questa si grande estenzione dell'idea di falso rimonta al dritto romano, dal quale i nostri antichi criminalisti prendevano, come è noto, molte cose, ad imprestito. Non deve già credersi che la legge *Cornelia de falsis* abbia considerato come falso la semplice enunciativa mendace, senza alcuna contraffazione di scrittura. « Quid « sit falsum quaeritur, dice Paolo [1]. « Et videtur id esse, si quis alie« num chirographum imitetur, aut « libellum, aut rationes intercidat, « vel describat: non qui alias in « computatione, vel ratione menti« untur. » Ma in prosieguo, si vide per estenzione una specie di falso, *quasi falsum*, nella falsa testimonianza [2], nella semplice esposizione di fatti falsi, contenuta in una domanda [3], finalmente anche nel fatto di vendere con falsi pesi o con falsa misura [4].

Seguendo cotali traccie l' antica nostra giurisprudenza [5] confuse sotto la denominazione di falso qualunque fatto fraudolento, tendente ad alterare la verità, onde trarre altri nell' inganno: « actus dolosus animo corrumpendae veritatis ad decipiendum alterum adhibitus. » In quell'epoca la falsa testimonianza era solamente un ramo del falso.

(1) Legge 23, dig. *de lege Cornelia de falsis*.
(2) Modestino, legge 27, *ibidem*.
(3) Modestino, legge 29, *ibidem*.
(4) *Ibidem*, legge 32, § 1, *ibidem*.
(5) Vedi Muyart de Vouglaus, *Trattato dei delitti*, titolo VI.

Digitized by Google

Questa estenzione fu senza alcun dubio conservata sino alla promulgazione del codice civile, per la sola ragione che essa non era stata abolita; perciocchè il codice penale del 1791 [1] puniva il falso senza definirlo, e pronunciava solamente delle pene speciali contro la vendita con falsi pesi o false misure.

Il codice del 3 brumale anno IV si occupò della procedura sul falso, senza dare neppure esso la definizione di questo reato. Non è quindi da recar meraviglia che la giurisprudenza anteriore al codice penale abbia considerato come costituente una falsità l'enunciativa mendace destinata ad essere inserita in un atto pubblico, per esempio le false dichiarazioni sulla filiazione in un atto di nascita [2].

454. Ma il codice penale del 1810 ebbe cura di definire la falsità, la quale da quel punto in poi non ebbe più il carattere vago ed indeterminato che aveva conservato sotto le legislazioni precedenti. Questo codice consacra un'intera sezione alla falsità (3) (*), la quale, nel significato più esteso della parola (4), abbraccia anche i misfatti relativi alla falsa moneta, alla contraffazione dei suggelli dello Stato, dei biglietti di banco, ec. Ma il falso propriamente detto non è altro che il falso *in iscrittura*. Niuna allusione alle false parole, di che si occupano i nostri antichi criminalisti [5]. La falsa testimonianza e la calunnia, considerate un tempo come vere falsità, sono rimandate ad un'altra parte del codice penale (articolo 361-186 e seguenti).

Tuttavolta, per quanto concerne i pubblici uffiziali, il falso *materiale* ed il falso *morale* sono stati specialmente preveduti, e puniti entrambi coi lavori forzati a vita. L'articolo 145-287 parla del primo, il quale consiste nelle false soscrizioni, nell'alterazione delle scritture, ec. L'articolo 146-288 parla del secondo, il quale suppone che un uffiziale pubblico, nel redigere atti del suo ministero, ne abbia fraudolentemente disnaturato la sostanza o le circostanze. Vien poscia l'articolo 147-291, che è la sede della difficoltà, perciocchè esso è relativo alle falsità commesse da semplici particolari.

« Sarà punito coi lavori forzati « a tempo, dice quest'articolo, ogni « altro individuo che avrà commesso « una falsità, sia in iscrittura au« tentica e pubblica, sia in iscrittura « di commercio o di banco. » È questa la proposizione principale dell'articolo. Or, per falsità in iscrittura, si è sempre inteso il falso commesso, o dal redattore disnaturando l'atto al momento della sua confezione, o posteriormente a questa, o dal falsario propriamente detto, che fabbrica una scrittura interamente immaginata. Per quanto concerne le

(1) Parte II, titolo II, sezione II, e seguenti.

(2) Vedi gli arresti citati nel Repertorio di Merlin, alle parole *Falsa Maternità*.

(3) Libro III, sezione 1.

(*) Il nostro codice penale destina un intero titolo (titolo V, libro II) alle diverse specie di falso.—*Il Traduttore*.

(4) Questa assimilazione non è puramente teoretica. Ai termini degli articoli 164 e 165 del codice penale, il falsario, *lato sensu*, è punito con un'ammenda che può essere elevata sino ad un quarto del lucro che egli si ha indebitamente procurato; e prima del decreto del 12 aprile 1848, in caso di condanna ai lavori forzati a tempo o alla reclusione, doveva sempre essere messo in berlina.

(5) Vedi Muyart di Vouglans, *loco citato*.

Digitized by Google

dichiarazioni mendaci, esse non hanno giammai costituito un falso in iscrittura, ma un falso commesso con parole, false che non è più preveduto come tale dal codice penale del 1810.

Se adunque l'articolo 147-291 si fosse arrestato a questa proposizione generale, che punisce il falso in iscrittura pubblica, non potrebbe sorgere alcun dubio rilevante sul senso della legge. Sventuratamente però esso entra poscia negli sviluppi seguenti, sul modo in cui la falsità può essere stata commessa: « Sia per « mezzo di contraffacimento, di al- « terazione di scritture, o di soscri- « zioni; sia foggiando convenzioni, « disposizioni, obblighi o discarichi, « o inserendoli nei sudetti atti poste- « riormente alla loro formazione; ov- « vero aggiungendo o alterando le « clausole, le dichiarazioni o i fatti, « che gli atti medesimi avevano per « oggetto di contenere o di compro- « vare. »

Poggiando sopra queste ultime espressioni si è preteso che le false dichiarazioni, principalmente negli atti dello stato civile, costituiscano anche attualmente un falso speciale. Ma è egli verosimile che il legislatore, volendo definire il falso in iscrittura commesso da individui privati, abbia inteso dare per esempio dei casi in cui il falsario non abbia fatto che una dichiarazione verbale? Tutto questo sviluppo non è forse dominato dalla proposizione principale, la quale non d'altro parla che della scrittura? Se l'ultimo comma dell'articolo 147-291, nel parlare di un'alterazione di dichiarazioni, sembra fare allusione ad una menzogna orale, è agevole rispondere che il comma precedente parla anche di *foggiare obbligazioni*, ma che in seguito, dove parlasi *d'inserzione posteriormente fatta negli atti*, fa ben conoscere che per *obbligazione* il legislatore intende qui, nello stile della pratica, la scrittura che prova le obbligazioni. La stessa confusione potè bene aver luogo in proposito delle dichiarazioni, e *l'alterazione di queste dichiarazioni* sembra denotare unicamente l'alterazione dell'atto che ne è la pruova. Scorgesi bene che questo spiacevole equivoco, sopra un punto tanto essenziale, trae anch'esso l'origine sua dall'abuso del linguaggio, che il codice civile ha preso in prestito dai pratichisti, tendente a confondere la pruova del fatto col fatto medesimo. Ma il senso generale dell' articolo 147-291 risulta chiaramente dall'esposizione dei motivi, i quali, dopo aver fatto distinzione, relativamente agli uffiziali pubblici, tra il falso materiale ed il falso morale, aggiunge che la pena è semplicemente temporanea per l'individuo privato *contrafattore di scritture autentiche*. Trattasi adunque di una contraffazione, di un falso materiale, e non di una semplice menzogna.

455. La disamina dell' economia generale del codice penale contribuisce anch' essa a ribadire l' opinione che risulta da un'esatta analisi dell'articolo 147-291. Infatti, il genere di falsa dichiarazione che più di ogni altro è pericoloso per la società, la *supposizione di parto*, non è punita che colla reclusione dall'articolo 345-346, mentre contro la falsità vien profferita la pena dei lavori forzati. Or, se fossevi realmente falsità nella supposizione di parto, come comprendere che siasi pronunziata una pena più lieve contro quella tra le falsità di questa natura che più di tutte è pericolosa? È ingiurioso pel legislatore l' attribuirgli una simile contradizione.

Così non era per dritto romano,

Digitized by Google

il quale, dopo aver fatto rientrare la supposizione di parto nella qualificazione di falso, presa *lato sensu* [1], non si contentava, per la supposizione del parto, della pena ordinaria della falsità, cioè della deportazione (2), ma fulminava la pena capitale: « Obstetricem quae partum alienum attulit, ut supponi « possit, summo supplicio affici pla« cuit, » dice Paolo (3).

Nello stesso modo il codice penale del 1791 (4) puniva di dodici anni di ferri colui che aveva distrutto la pruova dello stato civile di una persona; mentre esso non puniva la falsità [5] che di otto anni di ferri. E poi vorrebbesi che quello del 1810 abbia stabilito la classificazione dei misfatti in un senso diametralmente opposto! Inoltre, la reclusione è la pena della falsa testimonianza in materia civile [codice penale articolo 363-190] [*]. La supposizione di parto è adunque assimilata alla falsa testimonianza e non alla falsità; le altre dichiarazioni mendaci, meno gravi ordinariamente per le loro conseguenze della supposizione di parto, non possono costituire una falsità.

456. Ma questa interpretazione non è prevalsa nella pratica, la quale si è appigliata ad una interpretazione letterale dell'articolo 147-291: *alterazione di dichiarazioni che gli atti medesimi avevano per oggetto di contenere o comprovare.* L'arresto di rigetto del 12 giugno 1823, il quale non considerava come provati sino all'inscrizione in falso se non i soli fatti attestati dall' uffiziale pubblico *de visu et auditu*, sventuratamente non ha fatto giurisprudenza. Numerose decisioni hanno, sotto l'impero del codice penale del 1810, conservato l'estenzione data dagli antichi nostri criminalisti alla nozione di falso. Così la corte di cassazione, dopo aver deciso il contrario prima della promulgazione del codice del 1810 [6], considera oggi come falsario [7] colui che fa una falsa dichiarazione in materia di reclutazione, sebbene egli non abbia nè scritto, nè firmato cosa alcuna, per la sola ragione che la dichiarazione doveva essere *ricevuta e comprovata da un atto* (**).

La corte di Grenoble ha fatto applicazione di questa teorica [8] considerando come falsario il donante il quale, per ottenere una pretesa revoca per sopravvenienza di figli, aveva falsamente dichiarato il parto di sua moglie all'uffiziale dello stato civile. Ma cotesta applicazione mette in mostra tutta la stravaganza del sistema, perciocchè la supposizione di un fanciullo ad una donna che non abbia partorito, è testualmente preveduta e punita semplicemente colla pena della reclusione dall'articolo 345-346 del codice penale(***).

(1) Numero 453; vedi Dig. e Cod. *passim. ad legem Corneliam de fals.*

(2) Marc. legge 1, § 13, dig: *hoc tit.*

(3) Sezione II, titolo XXIV, § 9.

(4) Libro II, titolo II, sezione 1, articolo 32.

(5) *Ibidem*, sezione II, articolo 44.

(*) La pena della falsa testimonianza in materia civile è, per le nostre leggi, del primo al secondo grado di prigionia (*Leggi penali*, articolo 190).—*Il Traduttore.*

(6) Arresto di annullamento del 27 luglio 1810.

(7) Arresto di annullamento del 2 settembre 1831 e del 7 marzo 1835.

(**) Vedi nello stesso senso due altri arresti di annullamento, del 13 aprile e del 23 maggio 1833.—*Il Traduttore.*

(8) Arresto del 19 febrajo 1831.

(***) Vedi in senso contrario un arresto della corte di Parigi, del 30 gennajo 1830, col quale fu deciso che non può esservi reato di falso se non quando l'individuo al quale il misfatto è stato addebitato abbia concorso direttamente o indirettamente alla redazione dell'atto attaccato di falso.

Digitized by Google

457. Tuttavia, anche adottando l'interpretazione letterale per l'articolo 147-291, non è esatto il dire che qualunque dichiarazione mendace costituisca un falso. Non bisogna quindi attribuire soverchia importanza ad un arresto di rigetto del 17 luglio 1835, il quale, per determinare i caratteri degli elementi del falso preveduto e punito dalla legge, riproduce la definizione dell' antica giurisprudenza [num. 453], traducendola in questi termini: *l'alterazione della verità, con una intenzione criminale che arreca o può arrecare pregiudizio ad altri*. Bisogna distinguere, e questa distinzione del resto era già fatta, anche prima della promulgazione del codice del 1810, se l'atto *aveva o no per oggetto di comprovare* quello che è stato dichiarato contro la verità. Così la corte di cassazione, aveva già deciso, a 30 luglio 1809, non esservi falsità nell'asserzione contenuta nell'atto di nascita che i figli erano legittimi, perchè l'atto di nascita non è destinato a comprovare la legittimità. A ragion più forte sotto l'impero dell'attuale codice penale è stata profferita una decisione analoga [1], relativamente ad una donna che aveva preso la qualità di sposa in un atto che non era distinato a far pruova del matrimonio (2).

Una seconda limitazione, la quale non permentte più di dare alla nozione di falso tutta l'estenzione che aveva nei tempi andati, si è che il falso deve aver luogo *in iscrittura*, almeno nel senso che la dichiarazione mendace dev'essere contenuta in un atto: questo è stato deciso dalla corte di cassazione [3] in un caso in cui, essendo stato annotato come soldato un fratello invece di suo fratello, la sostituzione non aveva dato luogo ad alcuna rettificazione negli atti, perciocchè entrambi portavano lo stesso cognome.

458. Se la giurisprudenza è soverchiamente rigorosa, nel considerare come falsità le false dichiarazioni, può, all'incontro, rimproverarsi all'opinione nostra di lasciare impunite, meno nel caso di supposizione di parto, le menzogne capaci di trar seco le più pericolose conseguenze per la società.

Onde evitare questo risultato, noi avevamo opinato dapprima (4) che potevasi applicare la pena del falso in materia civile, la reclusione, ad ogni persona la quale, nell'attestare taluni fatti, non solamente nelle discussioni giudiziarie, ma dinanzi un funzionario qualunque, altera scientemente la verità. Questo era stato parimente deciso dalla corte di cassazione, applicando la pena della reclusione nei casi in cui non eravi stata procedura di falso, cioè, in caso di falsa dichiarazione, o di morte, innanzi ad un giudice di pace, onde facilitare un secondo matrimonio (5), o di circostanze di naufragio di una nave, innanzi al giudice al quale il capitano faceva il suo rapporto su questo naufragio [6].

Ma noi non persistiamo in questa

Da ciò questa corte conchiuse che l'atto di carcerazione redatto dall'usciere e dal custode, senza che si fosse richiesta la firma della persona supposta per la confezione dell'atto, non poteva presentare l'elemento materiale del falso.—Questa decisione è censurata da Chauveau. *Teoria del codice penale*, capitolo XXIV, in fine. —*Il Traduttore.*

(1) Cassazione, 30 aprile 1841.

(2) Vedi anche un arresto di annullamento del 24 maggio 1845.

(3) Arresto di rigetto del 17 dicembre 1831,

(4) Prima edizione, num. 414.

(5) Rigetto del 6 novembre 1806.

(6) Arresto di annullamento del 17 settembre 1836. In quest'ultimo caso avreb-

Digitized by Google

teorica, respinta dalla corte suprema con un arresto del 7 dicembre 1838, in cui si dice « che non si possono considerare come testimonii in materia civile se non gl'individui chiamati giudiziariamente dalla parte per dichiarare ed attestare i fatti sotto la fede del giuramento.» Questa estensione della falsa testimonianza, sebbene fondata su' motivi più gravi in legislazione, ripugna ai principii costanti sull' interpretazione delle leggi penali, ed all' intenzione dei redattori del codice del 1810, che ci è stata manifestata con queste espressioni dall' oratore del corpo legislativo : « La falsa testimonianza non può aver luogo se non dalla parte di coloro che sono interrogati dalla giustizia, o in virtù delle sue ordinanze.»

Del resto, anche seguendo la prima giurisprudenza della corte di cassazione, la legge penale non poteva punire le false dichiarazioni della specie più pericolosa, quelle relative agli atti dello stato civile, sebbene non abbiano la gravità del falso. Infatti, tali dichiarazioni non hanno luogo sotto la santità del giuramento, ed è ben certo, qualunque siasi l'opinione che si voglia abbracciare, che non esiste falsità quando non siasi prestato giuramento [numero 272(*)]. Bisogna adunque riconoscere una spiacevole lacuna nella legge, la quale non punisce le dichiarazioni mendaci fatte stragiudizialmente se non nel caso della supposizione di parto; ma non è dato all'interprete colmare cotale lacuna.

459. Un' osservazione comune a tutti i documenti prodotti in giudizio, ma che si fa principalmente in proposito degli atti dello stato civile, per ragione della facoltà che appartiene ad ogni persona di farsene rilasciare degli estratti [1], si è che l' identità del latore dell' estratto e del vero avente dritto dev' essere preliminarmente stabilita. Questa pruova, essendo quella di un semplice fatto, non può farsi se non per mezzo di testimonii.

Taluni, immaginandosi che la pruova testimoniale non sia ammessibile *de plano*, hanno voluto considerare l'estratto prodotto come un principio di pruova per iscritto [2]. Ma questa è un' evidente petizione di principio, perciocchè trattasi di dimostrare che esiste un legame tra la persona e l' atto da esso invocato. Or, sino a quando questo legame non è stabilito, il documento, potendo concernere tutt'altro che quegli che ne è il latore, è assolutamente sfornito d'effetto sotto il rapporto della pruova [3] [**].

460. Entriamo ora nella spiegazio-

besi potuto, secondo la giurisprudenza della corte, scorgere una falsità nella dichiarazione mendace, perciocchè essa doveva essere comprovata dinanzi al giudice che aveva specialmente qualità per ricevere il rapporto : il che non avveniva nella specie dell'arresto del 1806.

(*) V. la mia nota ivi. — *Il Trad.*

(1) Comparazione del codice civile, articolo 45-47, e della legge del 25 ventoso anno XI, articolo 23.

(2) Arresto della corte di Bordeaux, del 18 febbrajo 1846.

(3) Vedi in questo senso un altro arresto perfettamente motivato, della corte di Bordeaux, in data del 19 febrajo 1846, ed un arresto di annullamento del 28 maggio 1810.

(**) Un arresto della corte di Rennes del 31 agosto 1808, ed un altro della corte di Tolosa del 13 luglio 1846 (Journal du Palais, t. 1, 1848, p. 543), decise che l'atto di nascita può valere come un principio di pruova per iscritto dell'identità. Ma l'opinione contraria è stata abbracciata dalle corti di cassazione, 28 maggio 1810; Bourges, 2 maggio 1837 (tomo 1 1838, p. 193); Bastia, 31 marzo 1840 (t. 2 1846); Parigi, 26 luglio 1849 (tomo 2 1849 p. 371); Parigi, 18 marzo 1850 (tomo 1 1850, p.

Digitized by Google

ne delle regole speciali sulla fede dei principali atti dello stato civile. Per conformarci all' ordine da noi già seguito quando trattammo della pruova testimoniale dello stato, esamineremo quale applicazione riceva la pruova scritturale dapprima ai semplici fatti dell'ordine della natura, alla nascita ed alla morte; indi a quelli che costituiscono delle relazioni sociali, al matrimonio ed alla filiazione.

§ 1. *Nascita e morte.*

461. Secondo la teorica da noi or ora esposta sul falso, l' atto di nascita prova, sino all'inscrizione in falso, che un dato fanciullo sia stato presentato all'uffiziale dello stato civile, che siansi fatte talune date dichiarazioni sull'epoca della sua nascita, che gli sia stato imposto un dato nome, che egli sia, finalmente, di un dato sesso; perciocchè l'uffiziale ha l'incarico di verificare quest'ultima circostanza, sebbene nella pratica se ne astenga.

Per quanto concerne le dichiarazioni in se stesse, esse non fanno fede che sino a pruova in contrario, e solamente del giorno e dell' ora della nascita, quando non trattisi di un figlio legittimo. Non ritrovandosi adunque in tutti gli atti di nascita la menzione della filiazione, quello che havvi di essenziale in questi atti si è l'indicazione del nome, del sesso e dell'età. L'ordinanza del 1539 [articolo 5] non parlava sinanco che *del tempo e dell'ora della natività*. La prima che abbia prescritto enunciazioni più dettagliate si fu quella del 1667 (1). Aggiungasi che la tenuta dei registri era sì poco regolare che, anche dopo il 1661, facevansi sovente prevalere i registri domestici a quelli della parrocchia per istabilire la data della nascita [2].

462. L'obbligazione di fare le dichiarazioni di nascita è imposta a persone determinate dalla legge, che debbono generalmente avere assistito al parto (codice civile art. 56-58); ma come assicurarsi che il dichiarante abbia realmente assistito al parto, come egli l'afferma? L'uffiziale dello staio civile non è nella stessa posizione del notajo, il quale deve conoscere le parti interessate negli atti che riceve, o almeno farsi attestare la loro identità. La legge non dà ad esso alcun incarico, altronde ineseguibile nelle comuni popolose, di verificare la qualità dei dichiaranti. Di conseguenza anche la loro asserzione sulla qualità loro, al pari di tutte le altre asserzioni loro, dev'essere creduta sino a pruova contraria. Riesce quindi impossibile l'impedire

221). Quest'ultima opinione è stata adottata da Merlin, Repertorio, v. *maternità* n. 54; Locré, tomo 4, p. 771; Toullier, n. 948; Duranton, num. 237; Richefort, num. 330.

Zachariae fa riflettere che a rigore non può esistere principio di pruova scritta dell'identità, e che di conseguenza il solo mezzo di evitare la difficoltà si è di ammettere il figlio reclamante che produce uno scritto da cui vuol trarre la sua identità a provare per mezzo del possesso di stato che lo scritto sia a lui applicabile. L'opinione di Zachariae è stata adottata dalla corte di Rouen a 19 dicembre 1844, e dalla corte di Limoges, a 4 aprile 1848 (tomo 2 1848, p. 269).

La teorica insegnata da Zachariae è con maggior ragione ammessibile per dritto nostro, perciocchè l'articolo 264 delle nostre leggi civili ammette la pruova quando esistono indizii risultanti da fatti costanti, i quali in sostanza costituiscono il possesso di stato. Lo stesso avviene per le leggi sarde, articolo 187, e per quelle di Parma, articolo 368. — *Il Traduttore.*

(1) Vedi il numero 146.

(2) Rodier, sul titolo XXI, articolo 9, dell'ordinanza.

Digitized by Google

che il primo venuto possa presentarsi all'ufficio dello stato civile a rendere quest'importante testimonianza. Si è questa una ragione di più per non credere sino all'inscrizione in falso, alla verità dei fatti dichiarati. È di già abbastanza doverla ammettere sino a pruova contraria.

463. Il codice civile stabilisce a tre giorni, a contare dal parto, il termine entro il quale debbono esser fatte le dichiarazioni di nascita. Il motivo di questa prescrizione è facile a concepirsi. Egli è vero che l'atto di nascita non fa fede dell'età sino all'iscrizione in falso, ma dovendo il fanciullo essere presentato entro un breve termine, l'uffiziale può da se medesimo assicurarsi che esso sia nato da recente. Riesce di conseguenza impossibile di non considerare come esatta l'età indicata, almeno a pochi giorni di approssimazione. La pruova contraria sarebbe, senza dubio, ammessibile, in tesi generale; pur tuttavia al di là di taluni limiti, essa supporrebbe in quest'uffiziale un errore tanto grossolano, che riuscirà malagevolissimo nella pratica sostenere che il fanciullo abbia realmente un'età maggiore di quella indicata nel titolo. E' quindi essenziale non lasciare scorrere il termine di tre giorni.

Tuttavia questa obbligazione legale non aveva sanzione penale all'epoca della promulgazione del codice civile: si temeva di allontanare dalla madre i soccorsi che la sua posizione reclamava, col minacciare eventualmente una pena contro coloro che avessero assistito al parto senza farlo prontamente conoscere all' autorità. Ma le dissimulazioni che ebbero luogo sotto l'impero, onde sottrarre ai rigori della coscrizione coloro dei quali si occultava la nascita, obbligarono i redattori del codice penale del 1810 [articolo 346] a pronunziare nuovamente per questa omessione delle pene correzionali, come avealo fatto la legge del 19 dicembre 1792, sezione I, articolo 1.

Ma, anche prima del 1810, eravi interesse a non far ritardare l'inscrizione del fanciullo. Si era già compreso che non può invocarsi la medesima presunzione di verità che legasi alle dichiarazioni di fatti recenti, quando siasi lasciato scorrere un lungo intervallo prima di farle conoscere. E se fosse lecito presentarsi dopo i tre giorni, come durante il termine, ove ci arresteremmo in prosieguo? Per questa ragione un avviso del consiglio di Stato del 12 brumale anno XI decise molto saggiamente che, spirato una volta il termine, l'inscrizione non può più essere operata se non in forza di una sentenza.

Taluni scrittori hanno voluto da questo conchiudere che, se col fatto l'inscrizione avesse avuto luogo dopo i tre giorni, senza autorizzazione giudiziale, il fanciullo non dovrebbe reputarsi nato che nel giorno dell'inscrizione: finzione intollerabile, la quale tenderebbe a considerare come nata da recente una persona dell'età di venti anni, quando fosse stata inscritta sui registri solamente dopo venti anni dalla sua nascita. Quello che ha dato origine a quest' errore si è che si è presa alla lettera una decisione della Corte di Parigi, del 9 agosto 1813. Trattavasi, nella specie, del mese accordato al marito per impugnare la legittimità, a cominciare dalla nascita del fanciullo (codice civile articolo 316-238). Or, il fanciullo di cui erasi impugnata la legittimità, non era stato inscritto se non cinque anni dopo la nascita. La corte decise che una nascita così tardivamente dichiarata doveva presumersi occulta, e non avea quindi potuto far correre il termine all'a-

Digitized by Google

zione d'impugnazione di legittimità. Ma tutto quello che da ciò può ricavarsi si è che una dichiarazione tardiva non può far fede della data della nascita in faccia ai terzi interessati. Però, per quanto concerne l'età del fanciullo considerata in se medesima, non è possibile stabilirla arbitrariamente all'epoca dell'inscrizione; salvo ad ammettere più facilmente, in questo caso, la pruova della falsità di una dichiarazione sempre sospetta, quando sia stata in tal modo differita [1].

464. Simile quistione non può sorgere per la morte, per la quale il codice non ha stabilito termine, come avea fatto l'art. I del titolo V. della legge del 20 settembre 1792. Questo non avviene già perchè non possa sovente esservi interesse ad occultare una morte, non meno che a dissimulare una nascita; ma il legislatore giunse allo stesso scopo con un altro mezzo. L'inumazione non può aver luogo senza l'autorizzazione dell'uffiziale dello stato civile [codice civile articolo 77-82], e talune pene correzionali [codice penale articolo 358] sono la sanzione di questa prescrizione, che trae seco indirettamente la pruova delle morti.

465. Per quanto concerne le persone che hanno qualità per fare la dichiarazione, è fuor di dubio che anche per la morte bisogna prestar fede a coloro che affermano essere parenti del defunto o averlo ricevuto presso di loro. Tuttavia, per assicurarsi bene della realtà della morte, e, se è possibile, dell'identità della persona defunta, l'uffiziale dello stato civile deve, ai termini della legge [codice civile art. 77-82] trasferirsi personalmente presso il defunto. Ma questa penosa obbligazione è caduta in desuetudine nella pratica. Non potrebbesi ragionevolmente imporre un incarico così doloroso ad uffiziali di cui l'impiego è gratuito. La cura di comprovare la morte è comunemente delegata ad un uffiziale sanitario, che avrebbesi altronde dovuto chiamare per procedere alla verificazione, spesso così delicata, del fatto della morte.

466. La sola quistione grave che si possa agitare relativamente alla forza probante degli atti di morte, consiste nel sapere se sia con intendimento espresso che il legislatore non ha, tra le menzioni che tali atti debbono contenere, indicato anche la data della morte [articolo 79-84].

Il silenzio conservato sopra un punto così rilevante è sembrato a taluni scrittori troppo significativo per far presumere che abbiasi voluto lasciare tutta la latitudine al giudice che abbia in prosieguo l'incarico di precisare siffatta data coll'ajuto dei documenti più esatti. Essi fanno rimarcare quanto torni utile non vincolare l'indipendenza di lui là ove una differenza di giorno e sinanco d'ora può esercitare un'influenza decisiva sui dritti degl'interessati (2).

Ad ogni modo bisogna confessare che un atto destinato a comprovare la morte, che non ne contenesse la data, offrirebbe una strana anomalia. Quanto più la data dell'avvenimento è importante, tanto più conviene stabilirla ad un'epoca avvicinata al mo-

(1) Nella specie la corte riservò la pruova testimoniale della data della nascita, conformemente agli usi dell'Olanda, ove i fatti erano avvenuti.

(2) Un solo momento di sopravvivenza cambia l'ordine delle successioni, differendone l'apertura, mentre un fanciullo nato talune ore prima o dopo, non è meno abile a succedere, perciocchè esso succede prima di nascere, pel solo fatto di essere concepito (articolo 725-646 cod. civ.)

Digitized by Google

mento in cui si è verificata. Tale si era il pensiero delle antiche ordinanze, le quali designavano l'atto di morte precisamente per l'indicazione di questa menzione sostanziale.

L'ordinanza del 1667 (1) era concepita in questi termini: « Le pruove dell' età, del matrimonio e del *tempo della morte*, saranno ricevute per mezzo di registri in buona forma, i quali faranno fede e pruova in gindizio. » Escludere la data sarebbe stato innovare d' una maniera radicale, sopprimendo precisamente quello che era altravolta sostanziale. Non v' ha cosa che indichi una simile intenzione. Anzi noi veggiamo Tronchet additare nel consiglio di Stato (2) la data come una delle parti le più essenziali dell'atto di morte e dell' atto di nascita. L'articolo 79-84 che contiene l'omessione della quale vuol trarsi profitto, fu votato senza discussione. Non può adunque cavarsi che un argomento estremamente debole dalla sua redazione comparata a quella dell' articolo 57-59 che prescrive di far menzione della data della nascita. Forse, noi non lo neghiamo, havvi del pericolo a dare forza probante alla menzione della morte nell' opinione di coloro i quali vogliono che la dichiarazione di morte faccia fede del fatto stesso sino all' inscrizione in falso. Ma per noi che consideriamo i fatti dichiarati innanzi l'uffiziale, ma non verificati da lui, stabiliti semplicemente sino a pruova contraria, questo pericolo non esiste. Del resto i formularii rilasciati agli uffiziali dello stato civile prescrivono questa menzione, la quale è stata sempre usata nella pratica, sebbene la legge del 1792 conservasse lo stesso silenzio del codice sulla data della morte.

467. Finalmente può darsi il caso di doversi comprovare contemporaneamente una nascita ed una morte, quando un fanciullo muore prima d'essere stata registrata la sua nascita. Ma il fanciullo presentato senza vita all'uffiziale dello stato civile era esso venuto al mondo vivente? È questa una quistione molto intesessante, per ragione dei dritti che possono essere stati acquistati e trasmessi da questo fanciullo, quando sia realmente vissuto.

Un decrelo del 4 luglio 1826 ha statuito su questa ipotesi. L'uffiziale deve esprimere, non che il fanciullo è morto, ma che gli è stato presentato senza vita. Egli riceve solamente, per quanto concerne la nascita, la designazione dell'anno, giorno ed ora in cui il fanciullo è uscito dal seno della madre, senza che si pregiudichi per nulla la quistione di sapere se il fanciullo abbia avuto vita o pur no (*).

§ 2. *Matrimonio.*

468. Noi abbiamo già riconosciuto [numero 154] che la scrittura non è dell' essenza del matrimonio, che essa non è richiesta che per la pruova. Noi abbiamo principalmente invo-

(1) Titolo XX. articolo 7.

(2) Seduta del 6 fruttidoro anno IX.

(*) L'articolo 336 del codice parmense contiene una disposizione analoga, prescrivendo che, malgrado l' asserzione che si facesse da congiunti, o da altri che il fanciullo sia nato vivo, egli non dovrà che far processo dello stato in cui lo trova, coll'aggiungere la dichiarazione dei testimonii che depongono del nome, cognome, domicilio e della professione del padre e della madre del fanciullo, e l'indicazione dell'anno, del giorno e dell'ora in cui il fanciullo si asserirà nato. Questo processo non porterà pregiudizio alla quistione dell'essere o no nato vivo il bambino. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

cato l'articolo 46-48, che ammette la pruova testimoniale, *quando non siano esistiti registri*, e l'articolo 75-77 dello stesso codice, il quale vuole che l'uffiziale dello stato civile, dopo di avere ricevuto da ciascuna parte la dichiarazione che esse vogliono prendersi per marito e moglie, *pronunzia che esse sono congiunte in matrimonio* [1] [*], e ne *stende atto* immediatamente. Pothier è formale su questo punto. « Questi atti, ei « dice (2), sono quelli che provano « i matrimonii e che stabiliscono le « parentele che ne derivano. Non« dimeno quando fosse provato non « essersi tenuti registri, o che si fos« sero smarriti, in questo caso po« trebbe farsi la pruova tanto per « mezzo di testimonii, che con regi« stri e scritture domestiche dei ge« nitori premorti. La ragione si è « che, essendo il matrimonio perfetto « pel consenso che le parti si danno « in presenza del loro parroco, prima « che l'atto sia stato redatto, ne se« gue che esso non è dell' essenza « del matrimonio, e che esso è sem« plicemente richiesto per la pruova « del matrimonio. Quando la pruova « che fa quest' atto diviene impos« sibile, è giusto ricorrere a pruove « di un'altro genere. »

L'interesse della quistione non si presenta solamente nel caso, avventurosamente troppo raro oggi, che non si fossero tenuti registri. Una delle parti potrebbe cessare di vivere dopo essersi prestato da entrambe il consenso, ma prima di sottoscrivere l' atto. Può avvenire precisamente, ed è in questa ipotesi che la quistione si è agitata, che dopo avere consentito verbalmente, uno dei contraenti ricusi di sottoscrivere. La corte di Montpellier ha con ragione deciso, li 4 febrajo 1840, che il contratto è legalmente formato col consenso rispettivo e colla pronunziazione della formola dell'unione, e che di conseguenza il rifiuto di firmare non potrebbe produrre alcuno effetto. La corte di Riom, all'incontro, si era talmente attaccata al sistema opposto, il quale considera la firma come essenziale alla celebrazione, che avea dichiarato valido un matrimonio nel quale il consenso non erasi prestato in presenza dell' uffiziale, ma eravi solamente la sottoscrizione delle parti. Ma quest'arresto che tendeva a distruggere la *pubblicità*, concentrando, per così dire, la solennità del matrimonio in una redazione di scritture, alla quale gli assistenti sono estranei, fu annullato a 22 aprile 1833.

469. Noi femmo anche, onde non interrompere la serie dei nostri sviluppi, tener dietro (numero 155) alla pruova testimoniale dei matrimonio la quistione di sapere se debbasi negare ogni fede al foglio volante sul quale sia stato inscritto un atto di matrimonio. Noi non abbiamo cosa da aggiungere agli argomenti, pei quali abbiamo tentato di stabilire, contro l'opinione comune, che le parole *atto di celebrazione inscritto sul registro* [codice civile articolo 194-*sopp.*] non debbono esser prese in un senso restrittivo. Noi faremo so-

(1) Questa formola è ad imitazione di quella prescritta per dritto canonico dal Concilio di Trento: *Ego vos in matrimonium conjungo.*

(*) Questa formola manca nel nostro dritto, perciocchè l'uffiziale dello stato civile non ha missione per congiungere in matrimonio, ma solamente per ricevere dalle parti la solenne promessa che intendono contrarre matrimonio in faccia alla chiesa e secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento. —*Il Traduttore.*

(2) Trattato del contratto di matrimonio, numero 388.

Digitized by Google

lamente rilevare che l' opinione la quale ammette questo senso restrittivo, non è perfettamente conseguente.

E di vero, se è certo che può, in macanza di atti, farsi la pruova della celebrazione del matrimonio col mezzo delle reminiscenze dei testimonii, non sarebbe egli singolare che non si dovesse tenere alcun conto di un atto rivestito di tutte le solennità richieste, per la sola ragione di non essere stato inscritto sopra un registro? Bisognerebbe per lo meno ammettere che il vizio dell'inscrizione sopra un foglio volante è coverto dal possesso di stato, perciocchè l'articolo 196 del codice civile, il quale parla del concorso del titolo e del possesso, non ha riprodotto la necessità dell' inserzione sul registro, e che lo spirito della legge è di non permettere di elevare delle difficoltà di pura forma, quando siavi stata esecuzione volontaria del matrimonio.

§ 3. *Filiazione.*

470. Le quistioni più delicate sulla fede degli atti dello stato civile si elevano relativamente alla filiazione. Per la pruova scritturale, non meno che per la pruova testimoniale di questa filiazione, è mestieri distinguere se essa sia legittima o naturale. Nel primo caso, le dichiarazioni, anche provvenienti da altri che dai genitori, sono bastevoli, quando siano ricevute dall' uffiziale dello stato civile nella forma ordinaria, per istabilire uno stato di cui la comprovazione è favorabile. Nel secondo caso, la pruova scritturale di una filiazione di cui la verificazione è sempre scandalosa e sovente difficile, non può emanare che dai genitori medesimi; l'inscrizione sui registri è in tal caso solamente facoltativa, invece di essere il modo ordinario di pruova.

471. Prima di esaminare quello che è relativo a ciascuna di queste filiazioni, richiamiamo alla memoria, onde non ritornare più oltre su questo punto, quello che noi osservammo in generale [num. 446] per gli atti dello stato civile: che essi non possono avere forza probante se non quando il latore dell'estratto [1] giustifichi l'identità sua colla persona designata nell'atto. Or questa difficoltà si eleva principalmente in materia di filiazione. Coloro che contraggono matrimonio sono generalmente di un' età sufficientemente inoltrata, che rende facile la pruova della loro identità; in caso di morte sonosi prese delle precauzioni speciali, come abbiamo veduto, mentre poi riesce estremamente difficile riconoscere il fanciullo dopo un lungo corso di tempo.

In questo caso, come abbiamo detto, l'identità può essere provata per mezzo di testimonii. Un arresto della corte di Parigi del 13 fiorile anno XIII decise con ragione che possa *de plano* ammettersi questa pruova, perciocchè non trattasi d' altro che di un semplice fatto.

Secondo altre decisioni, all'incontro (2), è necessario che il figlio che si presenta abbia in suo favore un principio di pruova per iscritto o per lo meno delle presunzioni o indizii gravi [codice civile art. 325-247].

Rinviensi in questa teorica la con-

(1) Quando tratteremo della pruova di pruova noi vedremo che la fede dell'estratto si confonde con quella dell'atto originale (codice civile, articolo 45-17).

(2) Rigetto del 27 gennajo 1818; Bordeaux, 25 agosto 1825.

Digitized by Google

fusione da noi sovente notata tra la pruova testimoniale diretta, quella del fatto, che una data donna abbia partorito un dato fanciullo, e la pruova testimoniale indiretta, quella del possesso di stato. Le restrizioni dell'articolo 328-247 sono assolutamente inapplicabili a quest' ultima specie di pruova (1). Or, provare la propria identità colla persona indicata nell'atto, stabilire che si porta un dato nome, che si è sempre ritenuto appartenere il reclamante ad una data famiglia, importa forse altra cosa che provare sommariamente i principali elementi del possesso di stato (*nomen, fama*)? Solamente, si userà minor rigore per questa verificazione preliminare, che tende unicamente a far riconoscere che un dato titolo sia applicabile al reclamante, anzichè per fondarsi unicamente sul possesso di stato per istabilire la filiazione. Ma, in sostanza, le giustificazioni sono della stessa natura, in entrambe le ipotesi [2].

472. È ben chiaro che questa necessità di provare l'identità del latore dell'atto col fanciullo che vi è indicato, è comune alla filiazione legittima ed alla filiazione naturale. Egli è vero che in quest'ultimo caso la difficoltà sorgerà più raramente, perciocchè il riconoscimento si fa per lo più con un atto notarile, del quale non si rilascia spedizione che alle parti interessate [*]: ma quando essa sarà messa innanzi, l'ammessibilità *de plano* della pruova testimoniale avrà un' importanza molto maggiore. E di vero, per la filiazione legittima, quand'anche ci collocassimo sotto l'impero dell'articolo 325-247 del codice civile, la difficoltà sarebbe più teoretica che pratica, perciocchè i tribunali hanno un potere assoluto per riconoscere *in* fatto l' esistenza *d' indizii gravi*, e per ammettere la pruova testimoniale che ne risulta di conseguenza (3).

Ma il figlio naturale si troverebbe

(1) Vedi il numero 139.

(2) Tale si è la dottrina professata dal D'Aguesseau, nella sua ventesima seconda aringa: « Può essere ben certo, ei dice, « che siavi stata una Maria Claudia Cha- « mois, battezzata sotto questo nome nella « chiesa di San Gervaso, figlia di Onorato « Chamois e di Giacomina Girard, senza « che abbiasi la sicurezza che colei che « presentasi oggi sotto questo nome, sia « quella stessa che lo ricevette altravolta, « e la malizia di un impostore potrebbe « essere sufficientemente grande per pren- « dere l'estratto battesimale non meno che « il nome di una persona assente. Dob- « biamo nondimeno riconoscere che seb- « bene questa pruova non sia precisamente « per se medesima assolutamente decisiva, « pure essa costituisce sempre una pre- « sunzione fortissima in favor di colui che « la produce, e sino a quando non si pre- « senti colui che avrebbe dritto di servirsi « di quella fede di battesimo, sino a quando « non si presenti un estratto di morte, « in una parola sino a quando non si giu- « stifichi nè la sua vita nè la sua morte, « anzichè accusarsi d'impostura colui che « si avvale di un simile atto, sembra al- « l'incontro che lo si debba ascoltare con « favore, sinchè non lo si possa convin- « cere di falsità e di supposizione, colla « presentazione di colui del quale egli ha « preso in prestito il nome. » D'Aguesseau conchiude per l'ammessione della pruova testimoniale dell'identità, che fu nella specie autorizzata. L'ipotesi in cui fosse giustificata la morte della persona nominata nell' atto si è presentata nella giurisprudenza moderna, e si è deciso (rigetto del 5 aprile 1820) che in tal caso l'atto di nascita deve cadere in faccia all'atto di morte che ne distrugge l'effetto.

(*) Per l'articolo 32 della nostra legge sul notariato, la spedizione non esecutiva di un atto rogato innanzi notajo può chiedersi da chiunque, anche non interessato.—*Il Traduttore.*

(3) Vedi un arresto di rigetto del 22 gennajo 1818.

Digitized by Google

nella più falsa posizione, se, latore di un atto di riconoscimento in buona forma, non fosse ammesso, senza un principio di pruova per iscritto (1), a provare la sua identità colla persona indicata in un tale atto, sotto pretesto che un tal principio di pruova è a lui necessario anche per fare indagini sulla maternità (*ibidem*, articolo 341-264). Questa restrizione applicasi esclusivamente alle *indagini*, e non si è giammai qualificata come indagine l' azione colla quale taluno intende semplicemente far dichiarare applicabile a lui un riconoscimento preesistente.

La quistione si è presentata nella pratica relativamente al riconoscimento della paternità. Si è primieramente domandato se l'identità del figlio naturale in faccia all' autore del riconoscimento [2] possa essere stabilita per mezzo della prueva testimoniale. Questa prima quistione è stata risoluta affermativamente dalla corte di Bordeaux, li 18 febrajo 1848, attesocchè « se la paternità è un mi« stero non suscettibile d'una dimo« strazione positiva, l'identità risulta « da circostanze di fatto che cadono « sotto i sensi, che naturalmente pos« sono essere provate con testimo« nii. »

La corte ha per l'opposto risoluto negativamente la quistione di sapere se un principio di pruova per iscritto sia necessario, « attesocchè « se l' articolo 341-264 dispone che « il figlio che reclama la madre, non « può essere ammesso a provare la « sua identità, se non quando esi« sta un principio di pruova per i« scritto, questa disposizione, ri« stretta al caso in cui trattisi d'in« dagini sulla maternità, è speciale, « e non può essere estesa alla qui« stione dell'identità di un figlio di « cui la filiazione naturale sia stata « riconosciuta dal padre. »

1. *Filiazione legittima.*

473. Si è detto ben a ragione, la pruova della filiazione non trae seco per se sola quella della legittimità. Due elementi sono, infatti, quelli che costituiscono la legittimità: il matrimonio e la filiazione. Per essere ammesso alla giustificazione del secondo elemento, col socorso dei mezzi all'uopo istituiti dalla legge, bisogna cominciare dallo stabilire l'esistenza del primo. » La filiazione dei figli « legittimi, dice l' articolo 319-241 « del codice civile, si prova cogli atti « di nascita inscritti sul registro dello « stato civile. » Il legislatore intende dire con ciò che gli atti redatti sulla dichiarazione di terzi, atti che non provano essenzialmente che il nome, il sesso e l' età del fanciullo, provano inoltre la filiazione, quando trattisi di un figlio legittimo.

Risulta da questo che il figlio che vuole stabilire il suo stato col mezzo di questi atti, deve cominciare dallo stabilire la sua legittimità ipotetica, dimostrare, cioè, che esisteva matrimonio tra' di lui genitori pretesi, e che questo esisteva sinanco nel trecentesimo giorno prima della sua nascita [3]. Se il fatto di questo ma-

(1) Noi abbiamo confutato (numero 452) l'opinione di coloro che veggono un principio di pruova per iscritto nell'atto stesso di cui s' impugna l' applicazione al reclamante, opinione respinta dalla corte di Bordeaux, li 19 febrajo 1846, nell'ipotesi medesima delle indagini sulla maternità naturale.

(2) Per quanto concerne l' identità dell'autore del riconoscimento, farne le indagini, importa implicitamente fare indagini sopra una paternità dubia, come è stato deciso da un arresto di annullamento del 18 giugno 1851.

(3) Noi non aggiungiamo che il matrimonio debbe avere avuto principio al più

Digitized by Google

trimonio non fosse costante, non solamente non potrebbe essere provata dall'atto la legittimità, ma neanco la filiazione, ammettendo, quello che noi supponiamo sempre, che l'atto non contenga un riconoscimento formale per parte dei genitori (1).

474. Stabilito una volta il matrimonio, l'atto di nascita diviene la pruova della filiazione. Le persone incaricate dalla legge di dichiarare la nascita, sono credute, per quanto concerne l'indicazione dei genitori del fanciullo, almeno sino alla pruova contraria, secondo la nostra opinione. Ma quest'atto prova esso la maternità solamente, salvo ad indurne la paternità per mezzo della presunzione legale che attribuisce il marito per padre al figlio concepito durante il matrimonio, ovvero prova ad un tempo la paternità e la maternità legittime? Ecco la quistione essenziale, che dobbiamo esaminare pria d'ogni altra, e di cui la soluzione ci condurrà facilmente a quella delle difficoltà di dettaglio che la materia presenta.

475. Per sostenere che l'atto di nascita prova nel tempo stesso la paternità e la maternità, si fa osservare che esso deve enunciare i nomi del padre e della madre (*ibidem*, articolo 57-57), il che suppone che i dichiaranti, i quali conoscono ordinariamente gli sposi, attestano non solamente il fatto della maternità, ma anche quello della paternità, nel senso che, secondo la confessione della madre, la paternità del marito non potrebbe essere impugnata. La menzione dei due sposi, come genitori del fanciullo, è adunque, si dice, costitutiva della legittimità, nel senso che la si può dedurre dall'atto. Se il marito è omesso, il silenzio sopra un punto così essenziale sembra certo indicare che il figlio non sia stato considerato come legittimo. Or i figli legittimi sono i soli di cui la filiazione si provi cogli atti dello stato civile (*ibidem*, articolo 316-241). Di conseguenza una dichiarazione che non indichi il marito, si contradice, si distrugge da se medesima; e se non istabilisce certamente l'esistenza di una filiazione adulterina, della quale non si ammette la pruova legale, essa non istabilisce nemmeno quella di una filiazione legittima, perciocchè lo scritto non è stato redatto secondo il voto della legge, il che è sufficiente per rendere per lo meno dubia la legittimità. Non è permesso di scindere la fede del titolo, che *deve* stabilire contemporaneamente la paternità o la maternità. Se adunque il titolo sembra supporre una paternità diversa da quella del marito, o vi si presterà fede, ed allora si giungerà a riconoscere l'esistenza di una filiazione adulterina, il che era possibile nell'antica giurisprudenza; o non vi si presterà fede, perchè il codice civile non ammette la pruova di simili fatti, ed allora lo si dovrà respingere per intero, perciocchè esso non è più l'atto di nascita di un figlio legittimo.

Questo sistema dell'indivisibilità del titolo non è nuovo. Esso è stato sovente riprodotto e combattuto nelle numerose discussioni sulle quistioni di stato che hanno avuto luogo dinanzi a' nostri antichi parlamenti. L'avvocato generale Talon aveva già sin dal 1614 annunziato che, « siccome la « pruova della filiazione era stata

tardi il centottantesimo giorno precedente alla nascita; perciocchè, ai termini dell'articolo 314-236 del codice civile, il figlio nato nei primi centosettantanove giorni del matrimonio si presume legittimo o piuttosto legittimato, sinchè dal marito non se ne impugni la legittimità.

(1) Parigi, 9 marzo 1851.

Digitized by Google

« reputata dai giureconsulti una cosa « quasi impossibile, essi aveano tutti « risoluto essere sufficiente ad un « figlio, per dirsi legittimo, la pruo« va d'esser egli nato durante il ma« trimonio.»

Numerosi arresti del parlamento di Parigi aveano sanzionato questa teorica (1).

E di vero, quello che è suscettibile d'essere verificato colla testimonianza degli uomini, si è il parto. Non si può giungere alla paternità se non per mezzo di una induzione tratta da che il concepimento ha avuto luogo durante il matrimonio, e deve di conseguenza essere attribuito al marito, sinchè non siavi impugnazione di legittimità. Come potrebbe essere altrimente? Come mai potrebbe l' atto di nascita provare direttamente la paternità? Quali lumi hanno i testimonii del parto sul fatto del concepimento? Se in Roma, ove il sistema delle pruove era così largo, la dichiarazione della madre non faceva fede contro suo figlio (2), sarebbe mai più ragionevole presso di noi accordare fiducia maggiore, sulla quistione di paternità, al medico, alla levatrice, o al semplice particolare che si fosse trovato presente alla nascita? Queste persone possono, tutto al più, avere conoscenza di un commercio adulterino, ma volere dall'adulterio conchiudere d'una maniera assoluta per la non paternità del marito, è una pretesa contraria alla logica non meno che allo spirito ed al testo della legge. Quante volte adunque i dichiaranti indicano esplicitamente o implicitamente un padre diverso dal marito, essi attestano quello che non hanno incarico di attestare, quello che è sinanco per loro impossibile sapere con certezza. Un titolo è indivisibile, allorchè esso contiene due dichiarazioni legali che debbono insieme combinarsi: cessa però di esserlo, quando una di tali dichiarazioni sia proibita dalla legge e debba di conseguenza essere reputata come non avvenuta.

Egli è vero che invocasi l'articolo 57-59, che prescrive l'indicazione del padre; ma lo stesso articolo vuole che si faccia menzione dei nomi, cognomi, professione e domicilio dei testimonii: indicazione che non è affatto sostanziale. Altronde quest'atto proverebbe troppo, perciocchè esso non distingue tra la filiazione legittima e la filiazione naturale, relativamente alla quale non è affatto permesso di dichiarare il padre. Inoltre, negare ogni fede all'atto, perchè manca l'indicazione del padre, che può tanto agevolmente supplirsi, quando la maternità sia bene stabilita, importa creare, contro l'intenzione formale del legislatore, delle nullità negli atti dello stato civile, importa far dipendere la sorte dei figli da una inesattezza di redazione.

L' opinione che rigetta la pretesa indivisibilità del titolo era già prevalsa nell'antico dritto; allora però la legge non vietava, come oggi, la pruova di una filiazione adulterina, e noi scorgemmo [numero 172] che Maria Aurora aveva ottenuto dal parlamento di Parigi un arresto che la dichiarava figlia adulterina del maresciallo di Sassonia. Questo spiega le decisioni, peraltro poco numerose, che hanno accolto le dichiarazioni distruttive della legittimità, contenute nell'atto di nascita. Era ben naturale che si fossero accolte, perciocchè esse potevano far fede, se-

(1) Merlin, *Repertorio*, v. *Legittimità* sezione II, § 2.

(2) Scaevola, legge 29, § 1, Dig. *de probationibus*.

Digitized by Google

condo le circostanze. Nondimeno l'immensa maggioranza delle decisioni si attenne alla presunzione di legittimità, sino all'impugnazione di essa.

Oggi, noi non abbiamo più la ragione di dubitare che esisteva allora, perciocchè le enunciazioni indicanti una paternità adulterina sono respinte dall'attuale legislazione. Anche in un' epoca in cui la sovversione dei principii costitutivi della famiglia aveva in un modo singolare affievolito l'onore della legittimità, li 29 fiorile anno II, la Convenzione nazionale approvò il rifiuto fatto da un uffiziale dello stato civile di ricevere la dichiarazione di una donna che attribuiva a suo figlio un padre che non era suo marito. Venne in prosieguo il codice civile, il quale, salvo il caso d'impugnazione di legittimità, ha espressamente proibito qualunque riconoscimento e qualunque indagine d'una filiazione adulterina.

I dichiaranti non debbono adunque deporre sulla paternità, perciocchè essi non sono affatto autorizzati a dichiarare un padre diverso dal marito, il quale è il solo che abbia qualità per combattere la presunzione legale. L'indicazione del padre legittimo del fanciullo è di conseguenza una cosa di forma. Quando l'omessione è stata involontaria, non è giusto che essa arrechi pregiudizio al figlio; se, per l'opposto, essa si avvicina, più o meno esplicitamente, all'indicazione di una paternità adulterina, i dichiaranti hanno ecceduto i loro poteri, perciocchè, da semplici narratori del fatto del parto, essi si sono trasformati in verificatori relativamente alla quistione di paternità, sulla quale non avevano alcun positivo elemento.

476. Applichiamo ora questa soluzione alle svariate irregolarità che può presentare l'atto di nascita, sotto il punto di vista che ci occupa.

477. Il caso meno grave è quello in cui il figlio sia stato inscritto come nato da una data donna indicata col suo cognome di donna maritata, senza esservisi aggiunto il nome dello stesso marito. In questo caso, anche adottando l'opinione contraria alla nostra, riesce difficile considerare l'atto come nullo. Sebbene esso non si trovi alla lettera nei termini dell'articolo 57-59, bisogna riconoscere che il marito sia stato implicitamente indicato come padre, per la ragione che non v' ha cosa che indichi un padre da lui diverso, e perchè la madre è stata precisamente indicata col nome che essa prende dal marito. Noi non crediamo quindi che questo primo caso possa dar luogo a gravi difficoltà nella pratica.

478. In secondo luogo, il figlio può essere stato inscritto come nato da una data donna maritata e da un padre ignoto. I dichiaranti annunziano in tal guisa dei dubii sulla legittimità. Ma quand'anche essi avessero qualità per annunziare tali dubii, dovrebbesi sempre decidere, quando non altro esistano che dubii, che la presunzione della legge deve vincere. Così, un arresto di rigetto del 19 maggio 1840 considerò in simile circostanza l' atto come provante a sufficienza la legittimità, sebbene la stessa madre fosse stata designata in un modo imperfetto nel titolo: la sua identità però non ammetteva dubio di sorta.

479. Il terzo caso è quello in cui il figlio sia stato inscritto come nato da una data donna maritata, e da un padre determinato, che non sia il marito.

Qui il matrimonio trovasi parimenti attestato dall' atto stesso di nascita, ma si aggiunge la menzione positiva di una paternità adulterina. Questa

Digitized by Google

menzione non potrebbe avere forza per distruggere la legittimità se non quando il titolo fosse considerato come indivisibile. Ma noi crediamo aver dimostrato non essere possibile considerare come una sola ed unica testimonianza questa dichiarazione complessa, che il figlio sia nato dalla tale donna, e che abbia per padre un uomo che non sia il marito. Quanto è ragionevole attribuire ai testimonii del parto qualità per attestare il primo punto, altrettanto sarebbe pericoloso ed arbitrario prestar loro fede nel secondo.

L'opinione che vuole rigettare l'atto per intero, tenderebbe a ridurre nella specie il reclamante (quando non avesse possesso di stato) a provare con testimonii il fatto del parto, quando avesse tuttavia in suo favore un principio di pruova per iscritto o degl' indizii gravi. Ma l' articolo 323-245 del codice civile non riduce a quest'ultimo espediente se non *il figlio inscritto sotto falsi nomi, e come nato da genitori incerti*. In questo caso solamente può dirsi esservi *mancanza di titolo* agli occhi della legge. Or, colui che è inscritto sotto il nome di sua madre, non è collocato in alcuna di queste due ipotesi; egli può quindi giovarsi della pruova scritta della maternità, per arrivare, col mezzo della presunzione legale, a dimostrare la paternità legittima.

La giurisprudenza ultima si è dichiarata in questo senso. Noi riterremo principalmente un arresto della corte di Parigi del 6 gennajo 1824, ed un arresto di quella di Montpellier del 20 marzo 1838.

Le considerazioni colle quali la corte di Parigi sostiene la sua decisione, consacrano formalmente le idee da noi sviluppate, il che è notevolissimo, perciocchè questa stessa corte sembrava prima attenersi all' antica massima sull' indivisibilità

del titolo. I
marcare la d
del matrimo
« Consider
« cepito dur
« per padre i
« do che qu
« la quale n
« se non ne
« di legittim
« non può e
« chiarazione
« da un estr
« fanciullo
« madre; che
« contraria
« quale pres
« stato civile
« quello che
« dai compar
« costumi, pe
« be la catti
« dre, lo è
« figlio, al q
« rattere di
« Consider
« ammettere
« zione conte
« senza viola
« un canto
« dei figli ad
« l'altro le in
« tanto in fa
« tro di lui.
480. Final
è quello in
inscritto sott
sua madre.
Al punto
scussione, p
o no indicat
perciocchè,
gli arresti p
cazione deve
avvenuta. M
si trae da ch
come una fi
tivamente al
della madre,

Digitized by Google

di lei, non ha alcuna forza. Non bisogna quindi attenersi, si dice, ad un'indicazione la quale regolarmente non avrebbe dovuto aver luogo. Il timore di una rivelazione indiscreta non può forse cagionare un infanticidio, nel caso di una filiazione adulterina non meno che nel caso di una filiazione semplicemente naturale?

È agevole rispondere a queste objezioni. Lo scandalo, che si teme, non è riferibile alla dichiarazione della maternità, bensì all'indicazione delle circostanze che fanno considerare questa maternità come adulterina. Quando coloro che fanno la dichiarazione si uniformano alla legge, non havvi alcun pericolo a temere. Delle due cose l'una: o essi sanno che la madre è maritata, o l'ignorano. Nel primo caso, essi debbono indicare il figlio sotto il nome che porta sua madre come donna maritata, perciocchè essi non hanno qualità per far piombare sul di lui capo il sospetto di adulterinità. Se, all'incontro, ignorano il matrimonio, essi debbono, come vedremo bentosto parlando della filiazione naturale, astenersi dal far conoscere la madre. Di conseguenza il timore dell'infanticidio non è fondato, poichè la menzione della madre o sarà onorevole per lei, ovvero sarà assolutamente omessa.

Purnondimeno invocansi in senso contrario le decisioni profferite nella celebre causa *Virginia* (1), in cui la reclamante succombette, sebbene avesse invocato un atto di nascita nel quale essa era inscritta sotto il nome di figlia della sua pretesa madre e sotto quello di un padre adulterino (2). Pure, il primo considerando dell'arresto di rigetto fondasi sul motivo che l'identità della madre designata nell'atto, colla donna della quale Virginia pretendevasi figlia, non era stabilita. Mancando la pruova dell'identità, punto sovranamente deciso dalla corte di Parigi, perchè esso racchiudeva una quistione di fatto, la quistione della maggiore o minor forza probante dell'atto non aveva più interesse.

Checchè ne sia, possono opporsi vittoriosamente a taluni considerandi della corte di Parigi e della corte di cassazione nell'arresto Virginia: primieramante, nella antica giurisprudenza, l'arresto la Plissonnière, reso nel 1712 dal parlamento *di Parigi* in una specie identica; e nella giurisprudenza moderna, gli arresti del 1834 e del 1838 (numero 479), i quali consagrano formalmente la teorica, che nell'atto di nascita non deve ricercarsi che una sola cosa, la pruova che il figlio è stato concepito durante il matrimonio. Inoltre l'arresto di rigetto del 19 maggio 1840 (numero 478) statuì sopra un caso molto vicino a quello di che ci occupiamo. Il fanciullo non era stato inscritto, egli è vero, sotto il nome di nubile di sua madre, ma lo era stato sotto un agnome: il che non impedì la corte dal dichiararlo legittimo, essendo bene stabilita l'identità della donna maritata e della donna indicata nell'atto.

Noi ammetteremo solamente colla corte di Parigi (3) che il fatto stesso

(1) Parigi, 15 luglio 1808; cassazione, 22 gennaro 1811.

(2) È a notarsi che l'atto di nascita era del 16 piovoso anno II, e che la Convenzione dichiarò solamente a 19 fiorile seguente che non potevasi riconoscere una paternità adulterina, come spesso praticavasi prima: la specie ha dunque un carattere transitorio, che ne affievolisce sensibilmente l'importanza.

(3) Arresto del 4 dicembre e del 5 luglio 1813.

Digitized by Google

d'una inscrizione così irregolare [1] può essere considerato come costitutivo dell'occultazione della nascita, ed autorizzare (codice civile articolo 313-235) l'azione d'impugnazione di legittimità, fondata sull'impossibilità morale (2). Ma esiste una marcata distanza tra questa grande facilità d'impugnare la legittimità e la distruzione completa della presunzione di legittimità.

Il sistema che noi combattiamo è, alla fin fine, una reazione mascherata contro i principii restrittivi del codice civile, relativamente alla facoltà d'impugnazione attribuita al marito. Per estendere il caso di eccezione alla regola la quale vuole che si presuma essere il marito il padre del figlio concepito durante il matrimonio, si attribuisce ai testimonii del parto la facoltà di distruggere la pruova dello stato legittimo, pel solo motivo che essi fanno più o meno chiaramente allusione all'esistenza di una paternità adulterina. Almeno, nell'antico dritto, quando ammettevasi la dichiarazione di una simile paternità, come fece il parlamento di Parigi, uniformemente alle conclusioni dell'avvocato generale Joly de Fleury, a 13 maggio 1745, potevasi, senza violare alcuna legge, decidere che vi fosse stata *impossibilità morale* di paternità, e stabilire autenticamente, a seconda delle dichiarazioni, la paternità adulterina.

Oggi una simile decisione sarebbe una doppia violazione del codice civile, il quale non ammette che la semplice impossibilità morale faccia cadere la paternità, e che vieta ancor più fortemente di attribuire al figlio un padre che non sia il marito di sua madre.

Stretti da questo, i sostenitori del contrario sistema si riducono a pretendere che l'atto non provi neanco la maternità: il che non è stato giammai sostenuto nei tempi andati, perchè contrario ad ogni verosimiglianza. E di vero quale relazione esiste tra le congetture più o meno esatte che fanno i dichiaranti sul fatto della paternità, e la realtà del parto, che essi hanno veduto coi loro proprii occhi? Finalmente, sotto l'antico sistema il figlio poteva ottenere almeno gli alimenti dai genitori adulterini a lui attribuiti; mentre oggi lo si spoglia di qualunque mezzo, dichiarando che egli non è nè figlio legittimo, nè figlio adulterino della donna, che il buon senso e l'evidenza dei fatti proclamano di lui madre.

2° *Filiazione naturale.*

482. Parleremo dapprima degli atti che stabiliscono la filiazione naturale semplice; diremo poscia poche

(1) Vedi il numero 167.

(2) Eravi occultazione ancor più marcata in una specie recentemente decisa (rigetto del 4 febbrajo 1851). Un figlio, cui tutte le circostanze della causa facevano presumere adulterino, era stato inscritto sotto il nome di una donna, che non era sua madre, e che probabilmente neanco esisteva. Sostenevasi che il marito non era ammessibile a fare rimettere sui registri la vera maternità, onde impugnare in prosieguo la legittimità del figlio. Se questo sistema, ammesso dal tribunale della Senna, fosse prevalso, il figlio adulterino avrebbe colto in seguito il momento più opportuno per fare rettificare l'atto suo di nascita ed introdursi nella famiglia legittima. Ma la corte di Parigi e quella di cassazione riconobbero nel marito un interesse nato ed attuale a prevenire questa frode. Esse hanno in tal guisa riconosciuto implicitamente in ogni interessato il dritto di fare indagini sulla maternità (numero 170).

Digitized by Google

parole su quella incestuosa o adulterina.

483. La dichiarazione delle person le quali, senza avere un mandat del padre o della madre, dicon avere assistito al parto, non ha pe iscopo di provare la filiazione nat rale, come prova la filiazione leg tima ai termini dell'articolo 319-2 del codice civile. Ma l'indicazione padre o della madre può esist in fatto, e quindi bisogna indag se essa si abbia qualche efficac

484. Tutti sono d'accordo quanto riguarda il padre. Sebb le indicazioni, che si preten sostanziali, dell'articolo 57-59 prendano il nome del padre, distinguere se trattisi o no figlio legittimo, non si deve gia indicare il padre naturale, q egli non si dichiari da se med Infatti, il primo progetto di sugli atti dello stato civile, pre nell'anno X, conteneva un così concepito: « Se si dichi « il figlio è nato fuori matr « e se la madre ne indichi i « il nome del padre non sarà « nell' atto di nascita se n « menzione formale che es « indicato dalla madre.» M disposizione fu vivamente c ta dal tribunato, come tend rettamente a fare ricevere l sulla paternità, ed il p ritirato. L' articolo fu tol dopo, quando si venne all diffinitiva, e si disse espr nei discorsi che precede tazione della legge, che l del padre nell'articolo scesi unicamente alla f gittima.

Il dubio può semplice

(1) Esso non potrebbe a pruova dell'identità (n. 4 riconosciuto dallo stesso

Digitized by Google

stata dichiarazione della nascita del figlio senza indicazione del nome della madre [1]. Ma questa conseguenza mette chiaramente in mostra quanto havvi di esorbitante in una teorica di siffatta natura. La corte di cassazione ha deciso, all'incontro, che la rivelazione della maternità non è obbligatoria per alcuno; che specialmente pei medici e per le levatrici, essa costituisce una violazione del segreto ad essi imposto dalla loro professione (codice penale articolo 378-371), e che qualunque regolamento tendente a provocare questa rivelazione è colpito d'illegalità (2).

In sostanza, l'indicazione della madre, fatta sulla semplice fede dei dichiaranti, presenta gravi pericoli. Se la dichiarazione è falsa, è una ingiuria diretta gratuitamente ad una donna onesta; se è vera, quand'anche voglia supporsi che la madre non abbia dritto a querelarsene, non è forse a temersi che l'aborto o l'infanticidio prevengano una rivelazione penosa? Del resto, l'articolo 336 del codice civile, il quale richiede l'assenso della madre per rendere produttivo di effetti in faccia a lei il riconoscimento del padre, dimostra chiaramente che la madre non è per nulla legata da un riconoscimento al quale essa non abbia partecipato; e, checchè ne dica Toullier (3), è molto difficile attribuire alle persone presenti al parto una facoltà negata al padre. Sarebbe questo trapiantare nella materia della filiazione naturale quello che è stato esclusivamente introdotto in favore della filiazione legittima [4] (*).

L'indicazione della madre, potrà essa almeno valere come principio di pruova per iscritto, come è stato sussidiariamente deciso (5)?

Noi abbiamo già precedentemente deciso siffatta quistione, quando femmo rilevare, al § 172, che l'estenzione data dalla legge [codice civile articolo 324-246] alla nozione del principio di pruova per iscritto, in materia di filiazione legittima, non è affatto riprodotta [*ibid.*, articolo 341-264] relativamente alle indagini sulla maternità naturale. La ragione della differenza è palpabile, perciocchè, nel primo caso, trattasi di un fatto onorifico, del quale può trarsi la pruova da dichiarazioni provenienti da terzi, e, nel secondo, di un fatto disonorante, che non è lecito addebitare ad una donna, sinchè una sua dichiarazione non renda l'imputazione verosimile (6).

L'utilità della menzione della madre si limita adunque a fornire una semplice notizia, che può mettere il figlio sulla traccia della sua origine. E questa stessa utilità è debole di molto, perciocchè, ond'essere ammesso alle indagini sulla maternità, sarà necessario un principio di pruova che suppone ordinariamente che egli abbia già con essa delle relazioni. Noi siamo quindi

(1) Dijon, 14 agosto 1840; Parigi, 20 aprile 1843.

(2) Arresto di rigetto del 16 settembre 1843, 1 giugno 1844, e 18 giugno 1846.

(3) Tomo II, n. 186.

(4) Arresto di annullamento del 18 maggio 1810; Pau, 29 luglio 1844.

(*) Questo dovrebbe a ragion più forte decidersi per le nostre leggi, le quali, all'articolo 258, dichiarano che il riconoscimento di un figlio naturale non produce effetto che a riguardo di colui che lo avrà riconosciuto. Lo stesso prescrivesi dall'articolo 191 del codice sardo.—*Il Traduttore.*

(5) Vedi principalmente un arresto della corte di Parigi del 19 marzo 1850.

(6) Vedi gli arresti precitati della corte di cassazione e della corte di Pau.

Digitized by Google

d'avviso che la maternità, al pari della paternità naturale, non possa essere stabilita senza la dichiarazione della parte interessata, e che mancando una tale dichiarazione, bisogna limitarsi ad indicare quello che è sostanziale all'atto, cioè, l'età, il sesso ed i nomi del fanciullo.

486. Il modo di pruova precostituita pel riconoscimento volontario della paternità o della maternità naturale, consiste, o nell'inscrizione di questo riconoscimento sui registri dello stato civile, o nella redazione d'un atto autentico, destinato a comprovarla [codice civile articoli 34-36 e 334-257] (*). Quest'ultima forma è stata stabilita onde permettere le dichiarazioni segrete, che assicurino lo stato del figlio senza compromettere la riputazione di coloro che le sottoscrivono. Se non si è progredito più oltre, se non si è ammesso come titolo valido un atto sotto firma privata, si è che il riconoscimento potrebbe non emanare da una volontà sufficientemente libera, quando la presenza di un uffiziale publico non venisse ad attestare che la dichiarazione è stata fatta consigliatamente, e non sotto l'impero d'un'impressione fugace(1).

487. Non può considerarsi come atto autentico se non quello emanato da un uffiziale il quale, avendo qualità per ricevere le dichiarazioni delle parti, offre le guarentigie di cui la legge ha voluto circondare il riconoscimento. I notaj sono incontrastabilmente in questa categoria (**). Si riconobbe, all'epoca della discussione, essere lo stesso dei giudici di pace assistiti dai loro cancellieri, e questa decisione, consagrata dalla giurisprudenza, è in armonia col dritto attribuito a *questi* funzionarii di ricevere altri atti relativi allo stato delle persone, come sarebbe quello di adozione [codice civile articolo 353-277] [***]. Sinan-

(*) Confr. gli articoli 180 del codice sardo, 85 del codice ticinese. L'articolo 366 del codice parmense permette anche che il riconoscimento sia fatto in una scrittura privata, tutta di carattere del padre, e che abbia data certa.—*Il Traduttore.*

(1) Altronde le spese sono tanto tenui da non poter fare supporre che i genitori naturali indietreggino innanzi l'adempimento di un dovere: il registro riceve sugli atti di riconoscimento un dritto fisso di cinque franchi (legge del 28 aprile 1816, articolo 45), ed essi sono sinanco registrati gratuitamente (legge del 15 maggio 1818, articolo 77), quando i genitori siano in uno stato d'indigenza notoria.

(**) Locrè, sull'articolo 334, num. 2; Richefort, num. 242; Duranton, tomo III, num. 212, nota 2; Merlin, *Repertorio*, v. *Filiazione*, num. 6; Maleville, sull'articolo 334; Loiseau, pag. 451; Valette, note sopra Proudhon, *Stato delle persone*, pagina 149; Zachariae, tomo IV, pag. 47 e 49; Cadrès, *Figli naturali*, num. 27; Riom, 29 luglio 1809.—*Il Traduttore.*

(***) Loiseau, pag. 457; Duranton, tomo III, num. 212 e 221; Maleville, sull'articolo 334; Richefort, num. 244; Grenoble, 14 ventoso anno XIII.

—Il riconoscimento può anche esser fatto fuori la presenza del giudice, alla presenza del solo cancelliere. Amiens, 2 agosto 1824; Cassazione, 15 giugno 1824. Vedi *contra* Merlin, *Repertorio*, v. *Filiazione*, num. 6, e Zachariae, t. IV, pagina 47.

—Il riconoscimento fatto alla presenza dell'uffiziale dello stato civile è valido, quantunque il padre non fosse stato accompagnato da due testimonii. Richefort, num. 246; Proudhon, *Trattato dello stato delle persone*, tomo 1, pag. 234; Parigi, 1 febrajo 1812.

—Anche quando l'uffiziale dello stato civile l'abbia ricevuto fuori del suo ufficio. Bourges, 10 agosto 1809.

—Ancorché non sia stato inscritto sopra un registro, ma redatto solamente sopra un foglio volante, in un solo originale consegnato in prosieguo alla madre del fanciullo, massime se quest'atto sia stato de-

Digitized by Google

co, giusta il senso da noi dato[n,395] all'art. 54 della procedura, il quale non altro ha evidentemente voluto rifiutare al processo verbale di conciliazione, che la forza esecutiva, e non l'autenticità intrinseca, il riconoscimento potrebbe essere validamente comprovato da questo processo verbale (1). Bisogna supporre che le parti siansi volontariamente presentate all'officio di pace, poichè le cause non suscettive di transazione sono dispensate dal preliminare [codice di procedura art. 48].

Purnondimeno in questa ipotesi sonosi mossi dei dubii molto gravi, essendo sembrato che la dichiarazione di paternità fatta in seguito di procedimenti, anche illegali, manchi di spontaneità; la corte di Angers ha, di conseguenza, dichiarato nulla in simile circostanza una transazione contenente riconoscimento della paternità [2].

Ma si può rispondere che, non essendo più ammesse le indagini sulla paternità, non è più a temersi nel dritto attuale che il riconoscimento sia estorto colla minaccia della lite. Per siffatta ragione la corte di cassazione ha dichiarato valido un riconoscimento preceduto da procedimenti giudiziarii [3]. Del resto è difficile che cada un'arresto di cassazione su questa materia, perciocchè i tribunali hanno un potere discrezionale per valutare la spontaneità della dichiarazione; poichè può temersi una lite, anche mal fondata, quando sia di una natura così scandalosa. Ad ogni modo, quello che è fuor di dubio si è che non dovrebbesi attribuire alcuna forza alla dichiarazione fatta dinanzi un uffiziale amministrativo, (4), nè, a ragion più forte, a quella ricevuta da un ministro del culto [5] [*].

488. L'atto autentico non deve di necessità essere speciale. Un testamento o un contratto di matrimonio può senza alcun dubio contenere accessoriamente il riconoscimento di un figlio naturale [**]. Se il testamento non è autentico, ma

positato presso un notajo, e non si alleghi alcuna alterazione. Favard, *Repertorio*, tomo 4, pag. 735; Metz, 19 agosto 1824; *contra* Richefort, num 247.

—Ancorchè sia stato inscritto sul registro delle deliberazioni della Comune, invece di esserlo sui registri degli atti dello stato civile. Arresto della Corte di Amiens, 12 giugno 1829, rapportato sotto quello della corte di cassazione del 3 luglio 1832. —*Il Traduttore.*

(1) Pau, 5 pratile anno XIII.
(2) Arresto del 17 luglio 1828.
(3) Rigetto del 6 gennajo 1808.
(4) Pau, 18 luglio 1810.
(5) Parigi, 22 aprile 1833.

(*) Di conseguenza un riconoscimento fatto dinanzi un commessario di polizia è nullo; Zachariae, tomo IV, pag. 47; Merlin *Repertorio*, v. *Filiazione*, num. 6; Loiseau, pag. 452; Dijon, 24 maggio 1817.

—Una confessione giudiziale equivale ad un atto autentico: Zachariae, tomo IV, pag. 50; Merlin, *Repertorio*, v. *Filiazione*; Favard, *Repertorio*, v. *Riconoscimento di figlio naturale*, sezione 1, § 3, articolo 2, numero 4; Loiseau, numero 459; Cadrès, *Figli naturali*, numero 23; Valette, noto sopra Proudhon, *Trattato dello stato delle persone*, tomo II, pag. 149; Grenoble, 15 termidoro anno VIII; Colmar, 24 marzo 1813; Nimes, 11 luglio 1827.

—È autentico il riconoscimento di un figlio naturale allorchè è fatto in una supplica umiliata al Sovrano da genitore naturale per ottenere la legittimazione di grazia. R. Rescritto del 15 marzo 1828; *codice col supplimento, suppl.*, pag. 102.— *Il Traduttore.*

(**) Duranton, tomo III, numero 213; Merlin, *Repertorio*, v. *Filiazione*, numero 7; Richefort, num. 254; Cadrès, *Figli naturali*, num. 21; Rennes, 30 luglio 1812; Riom, 29 luglio 1809; Parigi, 2 gennajo 1819; Bastia, 17 agosto 1829.

—Essendo il riconoscimento irrevocabile di sua natura, quello che è fatto in un testamento autentico deve sussistere, quan-

Digitized by Google

solamente mistico, cioè consegnato con talune formalità, alla presenza di sei testimonii, nelle mani di un notajo, che ne attesta il deposito con un atto di soprascrizione (codice civile articolo 976-902), si ritiene generalmente che, essendo queste guarentigie equivalenti a quelle che offre il testamento autentico, il riconoscimento sia parimenti valido.

Ma questa opinione non è esatta, quando l' atto contenga solamente menzione, nella forma ordinaria, che il testamento è stato depositato colle solennità richieste. E di vero niuna cosa indica al notajo ed ai testimonii questo riconoscimento, di cui l'inserzione nel testamento mistico può benissimo non essere il risultato di una volontà libera. A noi quindi sembra necessario, per sodisfare il voto della legge, che l' atto di soprascrizione contenga l'espressa menzione che il figlio naturale sia stato riconosciuto dal testatore [*].

A ragion più forte noi negheremo sotto questo rapporto qualunque effetto ad un testamento puramente olografo. La corte di cassazione avea deciso il contrario sotto l'impero della consuetudine di Parigi, la quale, all'articolo 289 reputava *solenne* questo testamento. Ma, sotto l' impero del codice civile, che non contiene niuna simile disposizione, essa ha deciso, con arresto di rigetto del 7 maggio 1833, che un atto di questa natura non può essere considerato come autentico. Infatti, havvi, egli è vero, data certa; ma noi abbiamo veduto che la quistione non si aggira sopra di ciò, e che il legislatore ha richiesto come guarentigia di libertà la presenza di un uffiziale publico. Or, un testamento olografo offre tanto campo alla seduzione ed alla suggestione quanto una scrittura privata ordinaria (**).

tunque questo testamento sia revocato. Zachariae, tomo IV, p. 62; Rolland de Villargues, v. *Figlio naturale*, num. 237; Duranton, t. III, num. 219; Cadrès *Figli naturali*, num. 21; Parigi, 2 gennajo 1819; Bastia, 5 luglio 1826 e 17 agosto 1829. Vedi in senso contrario: Loiseau, p. 458. Merlin, *Repertorio*, v. *Filiazione*, numere 7, e v. *Testamento*, sezione II, § 6, numero 3; Favard, *Repertorio* v. *Riconoscimento di figlio naturale*, sezione I, § 3, articolo 2, numero 6.—*Il Traduttore.*

(*) Zachariae, t. IV, p.52, Valette, note sopra Proudhon, *Trattato sullo stato delle persone*, t. II, p. 149, e Dalloz, v. *Filiazione*, num. 9, ammettono la dottrina di Bonnier. L'opinione contraria è insegnata da Duranton, tomo III, num. 217; Loiseau, pag. 446; Favard, *Repertorio*, v. *Riconoscimento di figlio naturale*, sezione 2, § 3, articolo 2, num. 5; Delvincourt, nota 3, sulla pagina 46 del tomo 1. Vedi in questo senso una decisione della gran corte civile di Napoli del 29 gennajo 1827 (Vaselli, *Manuale pel Giureconsulto*, tomo 1, pag. 124).—*Il Traduttore.*

(**) Uniformi: Loiseau, pag. 464; Duranton, tomo III, num. 215; Delvincourt, nota 3 sulla pagina 94 del tomo I; Zachariae, tomo IV, § 568 *bis*; Chabot, *Quistioni transitorie*, v. *Figli naturali*, § 4, num. 5; Favard, *Repertorio*, v. *Riconoscimento di figlio naturale*, sezione 1, § 3, articolo 2, num. 6; Valette, note sopra Proudhon, *ub. sup.*, tomo II, pag. 149; Rolland de Villargues, num. 330; Richefort, sull'art. 334; Dalloz, v. *Filiazione*, pag. 628, num. 7; Cadrès, *Figli naturali*, num. 20; Angers, 25 termidoro anno 13; Parigi, 27 fiorile anno 13; Limoges, 27 luglio 1811; Rouen, 30 giugno 1817; Limoges, 6 luglio 1832; cassazione, 2 maggio 1833; Nimes, 2 maggio 1837 (t. 2 1837, p. 285), e 1 febrajo 1843 (t. 1 1843, p. 299).

Vedi in senso contrario Toullier, t. 2, num. 953; Merlin, *Repertorio*, v. *Filiazione*, num. 8, ed un arresto della corte suprema di Napoli del 23 gennajo 1841. (V. Vaselli, *Manuale pel giureconsulto*, tomo 1, pag. 124).—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

489. Si è finalmente ricercato se il figlio, latore di un atto di riconoscimento sotto firma privata, possa utilmente chiamare in giudizio per la verificazione del carattere il soscrittore di quest'atto.

Toullier [1] sostiene l'affermativa senza distinzione, perciocchè egli non considera come imperativa la disposizione del codice che vuole un riconoscimento autentico; ma questa opinione erronea è universalmeate respinta. Se l'autenticità è richiesta come guarentigia della libertà del consenso, quegli che ha sottoscritto un atto privato in cui riconosce la paternità, per quanto possa essere in coscienza ritenuta biasimevole la condotta di lui, può benissimo, agli occhi della legge, ricusare puramente e semplicemente di rispondere alla domanda spiegata contro di lui (2) (*). Ma gli stessi motivi non esistono per riguardo alla madre: l'inganno è poco a temersi quando trattisi di fatti così positivi come la gravidanza ed il parto. Può quindi farsi verificare in giudizio lo scritto emanato dalla pretesa madre, e quando esso sia stato riconosciuto o tenuto per riconosciuto, avrà indubitatamente contro di lei la forza di un principio di pruova per iscritto. Ma proverà esso da se solo la maternità? Se esso la pruova, allora che vale il dire relativamente, alla madre, che sia necessario un atto autentico? Secondo noi, bisogna distinguere, se la madre abbia riconosciuto la sua firma senza fare alcuna riserva, ovvero se la firma sia stata solamente verificata contro di lei. Nel primo caso, il riconoscimento è autentico, poichè havvi confessione giudiziale. Nel secondo caso, havvi, egli è vero, principio di pruova, ma non havvi riconoscimento nelle forme legali, e saranno necessarie altre pruove per rafforzare quella che risulta dall'atto.

490. La scrittura privata, colla quale si riconosce la paternità, può valere almeno per autorizzare il figlio a reclamare alimenti?

La negativa sembra certa, poichè gli alimenti non potrebbero domandarsi se non in virtù di una qualità che l'atto è insufficiente per istabilire [**]; ma si ammette con molto favore la validità di una promessa

(1) Tomo III, n. 951.

(2) La corte di cassazione (rigetto del 16 novembre 1808) dichiarò valida la ricognizione fatta in giudizio d'un atto privato, contenente riconoscimento di figlio naturale; ma quest'arresto non è decisivo, poichè la specie era regolata dal dritto intermedio.

(*) Unif.: Amiens, 9 nevoso anno XII; cassazione, 16 maggio 1809; Loiseau, pagina 470; Merlin, *Repertorio*, v. *Filiazione*, num. 9 e 10; Richefort, num. 250; Duranton, t. III, num. 236. Vedi *contra*: Parigi, 25 pratile anno XIII.

—Nondimeno il riconoscimento fatto per atto privato diventa autentico quando sia depositato tra le minute di un notajo dall'autore stesso del riconoscimento, con atto di deposito sottoscritto da lui. Merlin, *Repertorio* v. *Filiazione*, num. 12; Toullier, nun. 951; Duranton, num. 215; Richefort, num. 252; Chabot, *Quistioni Transitorie*, v. *Figlio naturale*, § 4, numero 4.—*Il Traduttore*.

(**) Vedi nello stesso senso; Loiseau, pag. 561 e seguenti; *Dissertazione* di Rolland de Villargues, in Sirey, tomo XII, parte 2, pag. 41; Chabot, *successioni*, articolo 756, num. 43; Maleville, tomo II, pag. 243; Merlin, *Repertorio*, v. *Alimenti*, § 1, articolo 2, num. 8; Favard, *Repertorio*, v. *Figlio naturale*, § 1, num. 4; Duranton, tomo 4, pag. 57; Valette, note sopra Proudon, *Trattato dello stato delle persone*, tomo II, pag. 179; Toullier, tomo II, num. 976; Rouen, 18 febrajo 1809; Pau, 18 luglio 1810; Limoges, 27 agosto 1811; Parigi, 23 luglio 1811; Bourges, 11 maggio 1811; Cassazione, 4 ottobre 1812; Montpellier, 7 dicembre 1843. *Contra*: Proudhon, *ub. sup.*; Delvincourt, nota 3 sulla pag. 94 del tomo 1; Angers,

Digitized by Google

di alimenti fatta nell'atto stesso al figlio così riconosciuto. Invano direbbesi che la promessa, non avendo per causa che la qualità di padre, cade colla dichiarazione di paternità, alla quale essa era intimamente legata. Il fatto solo che il soscrittore ha potuto considerare come probabile la sua paternità verso il figlio, è sufficiente perchè la promessa di alimenti non sia sfornita di causa; è noto altronde come gli alimenti siansi sempre considerati come favorabili [1] (*).

491. Ci rimane a parlare della filiazione incestuosa o adulterina. Secondo un'opinione emessa, come abbiamo veduto, dall'oratore del tribunato, e adottata da varie corti di appello [n. 169], sarebbe permesso stabilire una filiazione di questa natura, tanto onde fare ottenere al figlio gli alimenti, quanto, all'incontro, onde fare ridurre le liberalità di cui egli fosse stato l'oggetto. Questo sistema che tende a dare effetto sino ad un certo limite ad un riconoscimento vietato da un testo formale (codice civile art. 333-258), è proscritto dalla giurisprudenza costante della corte di cassazione [2].

Nondimeno, per quanto concerne le donazioni ed i legati, parecchi arresti di questa corte, uniformemente ad una teorica insegnata da Merlin (3), hanno stabilito [4] una distinzione tra il caso in cui il riconoscimento e la liberalità siano stati fatti con atti separati, e quello in cui un solo e medesimo atto, principalmente un testamento, stabilisca la filiazione del figlio e contenga la liberalità in suo favore. Nella prima ipotesi, la corte attiensi strettamente al principio secondo il quale il riconoscimento è riputato non avvenuto, e quindi essa dichiara valida le liberalità fatte con atto separato. Nella seconda ipotesi, penetrata dello scandalo che presenta una donazione fatta apertamente al frutto dell'adulterio o dell'incesto, essa annulla la donazione o il testamento, fondandosi sopra un motivo nuovo, sulla ragione che, essendo nella specie indivisibili il riconoscimento e la liberalità, quest' ultima deve cadere come poggiante sopra una causa illecita [codice civile articolo 1131-1085].

Ma, come si è fatto osservare (5), questo importa confondere la causa dell'obbligazione col motivo. In una disposizione a titolo gratuito, la causa non è se non l' intenzione di fare una liberalità, ed i tribunali non hanno affatto il dritto di scrutare i motivi del disponente, come se si trattasse d' indagare la causa di un biglietto d'ordine. Si è per questo che la giurisprudenza moderna non esita a proclamare la validità delle donazioni e dei legati motivati espressamente sul concubinaggio,

25 termidoro anno XII; Parigi, 25 pratile anno XIII; Angers, 25 termidoro, anno XIII; Montpellier, 25 giugno 1806; Nancy, 20 maggio 1816; Grenoble, 29 agosto 1818.—*Il Traduttore.*

(1) Rigetto del 10 marzo 1838; Bourges, 3 agosto 1844; Bordeaux, 5 agosto 1847.

(*) Bordeaux, 5 gennajo e 5 agosto 1847 (*Journal du Palais*, tomo I, 1848, pagina 679); Cassazione, 10 marzo 1808; Dijon, 24 maggio 1817; Agen, 9 novembre 1823, e 24 febrajo 1825; vedi nello stesso senso Zachariae, tomo 4, pag. 57 e 92; Loiseau, p. 571; Duranton, t. III, num. 229. *Contra*: Merlin, *Repertorio*, v. *Alimenti*, § 1, art. 2, num. 9; Parigi, 22 luglio 1815.—*Il Traduttore.*

(2) Vedi i numerosi arresti resi in questo senso, di cui il primo è del 28 giugno 1835, e l'ultimo del 19 aprile 1847.

(3) Repertorio, v. *filiazione* § XX.

(4) Rigetto del 4 gennaro 1832 e 7 dicembre 1840; annullamento, 3 febrajo 1841.

(5) Devilleneuve, 1846, parte 1, pag. 721.

Digitized by Google

anche sull'adulterio o sull' incesto, sebbene siavi un'immoralità ben altrimenti scandalosa a gratificare il complice, anzichè ad assicurare la sussistenza al frutto di cotali deplorabili unioni.

Da un altro canto, non è perfettamente ragionevole attenersi alla circostanza di fatto che il riconoscimento e la liberalità si trovino in un solo e medesimo atto. Mettendo da canto siffatta circostanza, non è egli sovente manifesto che la donazione e il legato non hanno avuto altro motivo che la paternità? Per questa ragione Merlin conchiude ammettendo (1) che il riconoscimento fatto per atto autentico deve, in ogni caso, assicurare gli alimenti al figlio.

La corte di cassazione negasi di spingersi tanto oltre; eppure consagrasi implicitamente questo sistema quando rifiutasi, come ha fatto l'arresto del 1833, « al figlio adulterino o incestuoso, riconosciuto con atto testamentario, la facoltà di ricevere al di là degli alimenti che l'articolo 762-678 gli concede. » Noi siamo di parere che l'articolo 762-678 non possa essere applicabile se non nel caso in cui la filiazione adulterina o incestuosa risulti dalla forza stessa delle cose [numero 169], ma che qualunque riconoscimento volontario dev'essere reputato come non avvenuto[*]. Del resto, le variazioni della giurisprudenza accusano il sistema della legge, che stabilisce delle proibizioni rigorose, e permette nello stesso tempo di eluderle non autorizzando punto la pruova dei fatti ai quali esse si applicano.

SECONDA SEZIONE.

Atto autentico in materia criminale.

492. Sembra, a primo aspetto, che, nell' attuale legislazione, l'uso di pruove precostituite debba essere completamente respinto in materia criminale. Infatti, l' articolo 342-292 del codice d'istruzione criminale, appigliandosi unicamente all' intimo convincimento, abroga formalmente l'antico sistema di pruove legali, e secondo una giurisprudenza oggi costante [2], quest' articolo, sebbene collocato sotto la rubrica *delle cause che debbono essere sottoposte al giurì*, è applicabile a tutte le giurisdizioni.

Ma, per quanto importante siasi cotale disposizione, non bisogna esagerarne l'estenzione. Tutto quello che ne risulta, si è che il giudice o il giurato deve, in generale, obbedire alle inspirazioni della propria

(1) Repertorio v. *Filiazione* § XX.

(*) Cadrès, *Figli naturali*, num. 210; Zachariae, § 572; Maleville, sugli articoli 340 e 762; Chabot, *Successioni*, articolo 762, num 3 e 4; Belost-Jolimont, sopra Chabot, osserv. 1, sull' art. 762; Delvincourt, t. 1, parte 2, pag. 234 e seguente; Loiseau, pag. 732; Grenier, *Donazioni*, t. 1, p. 732; Duranton, t. III, num. 195; Favard, *Repertorio*, v. *Figlio adulterino*, num. 1; Malpel, *Successioni*, num. 168; Poujol, *Successioni*, sull' articolo 762, num. 2; Parigi, 13 agosto 1812; Cassazione, 28 giugno 1815; 11 novemvembre 1819 e 6 aprile 1820; Ronen, 6 luglio 1820; Cassazione, 9 marzo 1824, 1 agosto 1827, e 18 marzo 1827; Montpellier, 19 gennajo 1832; Cassazione, 8 febrajo, e 4 dicembre 1837; Limoges, 9 giugno 1838; Cassazione, 3 febrajo 1841; Angers, 14 febrajo 1843.—*Contra:* Bedel, *Adulterio*, num. 70 e seg.; Rolland de Villargues, num. 250; Toullier, t. II, numero 907, e t. IV, num. 256; Merlin *Repertorio*, v. *Filiazione*, num. 20 e 22; Vazeille, *Matrimonio*, t. 2, num. 504; Bruxelles, 26 luglio 1811; Tolosa, 5 marzo 1827; Parigi, 14 dicembre 1836; Rennes, 31 dicembre 1834.—*Il Traduttore.*

(2) Vedi un arresto di annullamento del 7 febrajo 1835.

Digitized by Google

coscienza, senza che il suo convincimento possa essere sottoposto a regole preconcepite. Questo è incontrastabile; ma, bisogna dirlo, questo è ugualmente vero in materia civile, ove debbesi parimente riconoscere che il libero convincimento del giudice è la regola, e la pruova legale, l' eccezione. Solamente, nelle materie civili in cui la pruova scritta e le presunzioni legali sono quasi sempre in azione, l' eccezione vi si rinviene così di frequente, che sembra essere essa la regola. Nelle materie criminali, all' incontro, ove la pruova testimoniale è sempre in movimento, sembra, per colui che la osservi superficialmente, che l'istruzione non lasci adito alla pruova precostituita. Eppure l'uso di pruove legali innanzi le giurisdizioni criminali, è molto meno raro di quel che si crede.

493. Se dovessimo occuparci qui della pruova del dritto, ci sarebbe agevole stabilire che le quistioni relative, non alla comprovazione dei fatti, ma alla determinazione della categoria legale alla quale essi appartengono, come quando trattasi di sapere se taluni dati fatti, ammesso che siano costanti, costituiscano un *furto*, un *omicidio*, ec., non danno luogo ad una valutazione più o meno arbitraria, si bene all'applicazione di principii rigorosi e di una stretta logica. Noi potremmo allora chiedere sino a qual punto convenga sottoporre a semplici particolari che compongono il giurì, come sembra che faccia l' art. 327 del codice d' istruzione, una quistione complessa, elevata in questi termini: *L'accusato è egli colpevole d'aver commesso il tale misfatto*? il che li rende giudici ad un tempo della quistione di fatto: *Il tale atto è stato commesso*? e della quistione di dritto: Quest'atto costituisce esso un *omicidio*, un *assasinio* ec.? Ma questa disamina ci condurrebbe al di là dei limiti del nostro argomento, il quale, come cennammo in principio (numero 2), è estraneo alla pruova del dritto, e per conseguenza alle quistioni di competenza che vi si legano [1].

494. Per ritornare al nostro argomento, cioè alla comprovazione dei punti di fatto, è ben facile scorgere, che anche sotto questo rapporto, la pruova precostituita rinviensi innanzi ai tribunali criminali, sotto due punti di vista:

1. Vi sono taluni uffiziali chiamati a comprovare talune infrazioni, e di cui le dichiarazioni hanno un vero carattere di autenticità;

2. Gli atti autentici ordinarii, come gli atti notarili, possono essere invocati nel criminale.

Noi ci occuperemo dapprima dell'autenticità speciale alle materie criminali, indi dell'applicazione a queste materie dell' autenticità ordinaria.

PRIMA DIVISIONE.

Atti autentici proprii delle materie criminali; processi verbali [2].

496. Tutti i funzionarii che hanno qualità per comprovare le infrazioni alla legge penale, possono stendere

(1) Può consultarsi, su questa teoria della separazione del punto di dritto e del punto di fatto, l'articolo da noi pubblicato nella *Rivista di legislazione e di giurisprudenza*, n. di marzo 1843.

(2) Noi abbiamo già avuto occasione di citare l'opera speciale del signor Mangin, sui *processi verbali in materia di delitti e di contravvenzioni*. Dopo la prima edizione di quest'opera il signor Faustin Hèlie ha di nuovo sviluppato accuratamente questa materia, nel suo *Trattato sull' istruzione criminale* (tomo IV, cap. VIII e seg.).

Digitized by Google

degli atti destinati a riferire esattamente i fatti dei quali essi siano stati testimonii, e che nella pratica vengono chiamati *processi verbali*. Gli scritti di questa natura sono tutti autentici nel senso che non potrebbero imitarsi o falsificarsi senza incorrere le pene stabilite contro la falsità in iscrittura pubblica. Ma la fede che si attribuisce agli atti autentici civili, non si attribuisce per dritto comune ai processi verbali, i quali altro non sono, in tesi generale, che documenti della causa, capaci di essere discussi, nello stesso modo delle testimonianze orali. Avviene sempre così in materia di misfatti: l'accusato, dinanzi la corte di assise, può far cadere gli atti più regolari, stesi allo scopo di comprovare il reato, quand'anche cotali atti abbiano per oggetto di comprovare il flagrante delitto (codice d'istruzione, articolo 32), senza essere obbligato a prendere la via dell'inscrizione in falso.

497. Ma, in materia di polizia semplice o correzionale, si è da molto tempo sentita la necessità di stabilire degli uffiziali, rivestiti di un carattere pubblico, onde comprovare, per mezzo di veri atti autentici, talune infrazioni, di cui la frequenza tende a distruggere le sorgenti della ricchezza nazionale, degradando le foreste dello Stato, frandando il tesoro, ec.

I delitti e le contravvenzioni di questa natura, conosciuti sotto il nome di delitti speciali, richiedono una repressione affatto speciale. Essi non sono isolati, come i delitti ordinarii, e si riproducono quasi sempre sistematicamente. Coloro che li commettono, e che ne fanno qualche volta la loro professione, vanno in cerca della solitudine, e sovente delle tenebre della notte, onde sottrarsi alla vigilanza dell'autorità. Da ciò l'estrema difficoltà per gli agenti di comprovarli col mezzo di testimonii: «È necessario (dice schiettamente un'ordinanza del 1402 sulle foreste), che i sergenti vadano in traccia dei malfattori quanto più celeremente è possibile, e se essi andassero a cercare dei testimonii, i malfattori se ne potrebbero fuggire prima del loro ritorno, nè è sempre possibile condurre testimonii per attestare le loro prese.»

Finalmente, quand'anche l'infrazione abbia luogo alla presenza di testimonii, non è sempre facile ottenere delle deposizioni sincere, perciocchè un pregiudizio sventuratamente troppo esteso considera come degna di scusa qualunque degradazione commessa contro gl'interessi collettivi della società. Eppure non potrebbero trascurarsi cotali interessi, la ricchezza forestale, per esempio, o l'esatta percezione delle pubbliche imposte, senza compromettere nel più alto grado la prosperità del paese. Aggiungasi che sovente un atto di degradazione arreca un danno incalcolabile, mentre esso non dà che un lucro estremamente sparuto a colui che lo commette. Per proteggere interessi così gravi contro le aggressioni incessanti della cupidigia, e spesso ancora, è d'uopo dirlo, della miseria, si è reso necessario creare degli agenti speciali.

498. La prima traccia di un'istituzione di questa natura si rinviene nell'ordinanza resa li 2 giugno 1819, da Filippo il Bello (1), sull'amministrazione delle foreste reali. «È

(1) Sotto il regno di costui il parlamento divenne permanente e l'amministrazione, legata allora intimamente alla giustizia, cominciò a costituirsi sotto forme regolari.

Digitized by Google

« prescritto che ogni sergente sarà « creduto sopra giuramento delle pre« se da lui fatte nelle foreste, per « le quali si esigerà un'ammenda pe« cuniaria. » Sembra che in quel tempo le dichiarazioni dei sergenti si facessero verbalmente in giudizio, sotto la fede del giuramento. Da ciò la denominazione di *processo verbale*, che si è conservata, anche dopo essersi richiesta la redazione scritta (1).

Questa istituzione ricevette in prosieguo grandi sviluppi, ed accordossi ad un gran numero di uffiziali la facoltà di essere creduti sino all'inscrizione in falso. Altri hanno ricevuto solamente la facoltà di stendere dei processi verbali, che fanno fede sino a pruova contraria. « Niu« no sarà ammesso, a pena di nul« lità, dice l' articolo 154 del co« dice d'istruzione, a provare con te« stimonii oltre o contro il conte« nuto nei processi verbali o rap« porti degli uffiziali di polizia che « hanno ricevuto dalla legge la fa« coltà di comprovare i delitti o le « contravvenzioni, sino all' inscri« zione in falso. Per quanto con« cerne i processi verbali o rapporti « fatti dagli agenti, preposti od uf« fiziali ai quali la legge non accorda « il dritto di essere creduti sino al« l'inscrizione in falso, potranno es« sere combattuti da pruove contra« rie, tanto scritte che testimoniali, « se il tribunale giudicherà a pro« posito di ammetterle. »

499. Sonosi di recente elevati dubii [2] sulla bontà della legislazione che investe di un potere così eccezionale impiegati sovente infimi, come sarebbero i portieri consegna delle piazze da guerra. Non può metterci in dubio che la legislazione su questa materia, composta di una moltitudine di leggi speciali emanate ad epoche differenti, è ben lontana dall' essere coordinata in un modo sodisfacente, e che riesce impossibile determinare con precisione a quali caratteri possa riconoscersi se un processo verbale faccia fede sino all'inscrizione in falso, ovvero solamente sino a pruova contraria. Ma, nel mentre formiamo dei voti pel miglioramento e per la semplificazione di questa legislazione speciale, noi non sapremmo considerare come una pura tradizione dell'antica giurisprudenza il principio che accorda ai processi verbali rivestiti di talune forme la stessa fede che si attribuisce agli atti notarili. I motivi desunti dalla natura fugace delle contravvenzioni in tal modo comprovate [numero 497], la poca probabilità di errore che presenta generalmente il carattere interamente materiale dei fatti riferiti nei processi verbali, e la frivolezza dell'interesse che ha l'agente ad alterare nel suo rapporto la verità, avuto riguardo alle pene severe alle quali lo espone il reato di falso, sono tutte considerazioni che non hanno perduto nulla della loro forza nel dritto moderno. Diciamolo, per rendere omaggio alla verità, sono in minor numero le falsità commesse dalle guardie forestali anzichè quelle commesse dai notai: i processi verbali mendaci sono ben rari nella pratica. Noi vedremo inoltre che le leggi della materia hanno stabilito delle saggie precauzioni per assicurare la sincerità di tali atti. Gli abusi di questa

(1) Un'ordinanza di Enrico IV, in maggio 1597, ordinò di non ricevere i sergenti e guardie ordinarie, se non dopo *che si fosse visto che essi sapessero leggere e scrivere, e non altrimenti.*

(2) Vedi il signor Faustin Helie *Istruzione criminale* tomo IV, § 267.

Digitized by Google

istituzione sono dunque, in fatto, poco a temersi: i felici effetti, all'incontro, ne sono estremamente ostensibili. La statistica attesta una diminuzione notabile dei delitti speciali, mentre i delitti ordinarii seguono sventuratamente una progressione crescente. L'indebolimento adunque dei mezzi di repressione che producono risultati tanto importanti, non ci sembra nè sufficientemente motivato, nè assolutamente opportuno.

500. Noi parleremo dapprima delle condizioni richieste per la validità dei processi verbali, indi della fede che vi si attribuisce.

§ 1. *Condizioni essenziali per la validità dei processi verbali.*

501. Non è nostra intenzione entrare nel dettaglio delle numerose formalità prescritte dalle leggi speciali pei processi verbali. Noi però indicheremo le regole generali la di cui osservanza è richiesta in questi atti, o per lo meno in quasi tutti, e che servono di guarentigia contro gli abusi cui potrebbe dar luogo l'importante prerogativa attribuita a taluni uffiziali.

502. La prima condizione richiesta per la validità dei processi verbali si è che essi siano stati redatti da un uffiziale pubblico competente. Quindi, un arresto di cassazione del 22 aprile 1820 dichiarò nullo un processo verbale in cui una guardia camprestre avea comprovato una contravvenzione alla legge del 18 novembre 1814 sulla celebrazione delle domeniche e feste: contravvenzione la quale, secondo questa legge, dev'essere comprovata dai sindaci [*maires*], aggiunti, o commessarii di polizia.

(1) Cassazione 7 novembre 1817 e 18 ottobre 1822.

Del resto, la competenza delle guardie forestali, agenti delle contribuzioni indirette, ec., non abbraccia, al pari di quella dei notai, se non il territorio pel quale essi sono instituiti e giurati. Ma, giusta una giurisprudenza costante, essi possono stendere dei processi verbali regolari, senza essere vestiti del loro uniforme. Tuttavia l'agente che verbalizzasse senza la divisa officiale, correrebbe un grave pericolo: perciocchè, meno il caso in cui fosse nitidamente provato che la sua qualità era nota al delinquente, se egli si esponesse a qualche oltraggio o a qualche via di fatto, non potrebbe invocare le disposizioni [codice penale articolo 224-173 e seguenti] che proteggono il funzionario nell'esercizio delle sue funzioni, poichè il di lui carattere non sarebbe stato palese. Questo è stato deciso da un arresto di rigetto del 23 glaciale anno XIV, relativamente ad un commessario di polizia, il quale erasi per propria colpa trovato in questa dolorosa posizione.

503 Nel silenzio delle leggi speciali, non possono estendersi agli agenti che redigono i processi verbali i motivi di esclusione o di ripulsa che concernono i testimonii, nè i motivi di ricusa che non possono applicarsi che ai soli giudici. La corte di cassazione ha quindi fatto una stretta, ma esatta applicazione del dritto positivo, dichiarando validi taluni processi verbali stesi dal cognato e sinanco dal fratello degl'imputati [1]. Tuttavolta, secondo l'interpretazione ammessa dalle stesse decisioni, interpretazione che debbesi estendere alle altre materie speciali, la comprovazione dei delitti forestali non ha più la medesima autorità, quando essa è l'opera di un agente di cui la posizione permette di sospettare l'imparzialità.

Digitized by Google

« Non sarà ammessa, dice l'art. 176 « del codice forestale, alcuna pruova « oltre o contro il contenuto dei pro« cessi verbali che fanno fede sino « all' inscrizione in falso, a meno « che non esista *una causa legale di* « *ricusa* [1] contro uno di coloro « che l' abbiamo sottoscritto. » In questo caso, è ben possibile che l'agente abbia verbalizzato d'una maniera regolare, malgrado i vincoli che l'univano all'imputato, ma egli non ha più l'indipendenza necessaria perchè le sue dichiarazioni siano credute sino all'inscrizione in falso: il suo processo verbale non fa quindi fede in tal caso che sino a pruova contraria.

504. I processi verbali possono ordinariamente essere redatti da un solo agente; quelli che sono di natura da produrre delle condanne d' una certa gravità, debbono essere redatti da due persone. In tal guisa l'articolo 177 del codice forestale richiede la firma di due agenti o guardie onde l'atto possa far fede sino all'inscrizione in falso, quando il delitto possa portare ad una condanna superiore a cento franchi, tanto per l'ammenda che pei danni ed interessi [*]; ed avviene a ragion più forte (2) lo stesso quando trattisi di prigionia. Nello stesso modo la legge del 5 ventoso anno XII, articolo 84, richiede la firma di due impiegati dell' amministrazione onde i processi verbali in materia di contribuzioni indirette facciano fede sino all'inscrizione in falso. Finalmente, in materia di dogane, la stessa forza concedesi agli atti coi quali due preposti *o altri cittadini francesi* [3] comprovano le contravvenzioni alle leggi relative alle importazioni, esportazioni e circolazioni proibite, in tutta l' estensione del *raggio-frontiera* (4). Vedesi bene che la repressione di quest'ultima natura è considerata come talmente urgente, che investonsi momentaneamente i semplici particolari di un carattere pubblico onde poterli officialmente comprovare.

505. Per quanto concerne le forme del processo verbale, per assicurare la sincerità, dovrebbe essere scritto dalla mano dell' uffiziale che *ne è* l'autore. Ma la legge non lo richiede sempre, quand'anche essa stabilisca in principio generale, come lo ha fatto per le guardie forestali (5), che l' agente debba redigere egli stesso il suo rapporto, salvo impedimento; per impedimento s'intende, non solamente un ostacolo accidentale, ma benanco l'impossibilità permanente, nascente da che la guardia non sa scrivere [6]. Tuttavia non potrebbesi giustificare l'impedimento invocando pruove al di fuori del rapporto medesimo; l'impossibilità di adempire la formalità dev'esservi menzionata

(1) Cioè, *ripulsa;* perciocchè una guardia forestale dev' essere assimilata ad un testimonio o ad un perito (codice di procedura articolo 310-404), anzichè ad un giudice.

(*) In caso che l'ammenda ed il danno presi insieme, o pure isolatamente eccedono i ducati venti, i processi verbali suddetti non avran privilegio di essere creduti sino all'inscrizione in falso, che quando saran convalidati da altro testimonio presente all'atto, nulla importando se questi sia o no agente della direzione. Legge forestale del 21 agosto 1826, articolo 136. *Il Traduttore.*

(2) Arresto di rigetto del 31 dicem. 1819.

(3) Legge del 9 fiorile anno VII, titolo IV, articolo I.

(4) Raggio che è di due miriametri (11 miglia circa), cominciando dalla frontiera, e che può sinanco estendersi dal governo sino a due miriametri e mezzo (16 miglia e mezzo circa). Legge sulle dogane del 28 aprile 1816 articolo 16.

(5) Codice forestale, articolo 165.

(6) Cassazione, 18 giugno 1829.

Digitized by Google

a pena di nullità [1]. In ogni caso, il rapporto dev'essere sottoscritto dall'agente, salva una dispensa speciale, come quella che è stabilita dal codice rurale [2] in favore delle guardie compestri: siccome queste guardie non sanno sempre scrivere e sono sovente fuori stato di redigere un processo verbale regolare, possono contentarsi di fare la loro dichiarazione dinanzi al giudice di pace o dinanzi gli uffiziali designati dall'articolo 11 del codice d'istruzione criminale, i quali sono allora incaricati della redazione del rapporto.

506. Qualunque processo verbale deve contenere in se stesso la pruova della sua validità; presumesi quindi che le formalità non menzionate siano state omesse (3). Qui il legislatore, come l'ha fatto in generale per gli atti autentici, ha messo l'uffiziale che volesse prevaricare nell'alternativa di commettere un falso o una nullità.

Non eravi neanco alcun motivo per distinguere tra le materie criminali e le materie civili, relativamente alla nullità delle cancellature, aggiunte ed interlinee non approvate. L'applicazione fatta di questa regola (codice d'istruzione articolo 78) al processo verbale d'informazione redatto dal giudice d'istruzione è sembrata si ragionevole che son tutti di accordo per estenderla ai processi verbali d'ogni natura. Ma la corte di cassazione [4] restringe con ragione al processo verbale d'informazione, la regola che richiede, per le cancellature e postille, un'approvazione con firma; la cifra, che basta per gli atti notarili, deve bastare per tutti i casi in cui un testo formale non richiede di più (5).

507. Quasi tutti quegli atti di questo genere che fanno fede sino all'inscrizione in falso, sono sottoposti, entro un termine, il quale è ordinariamente di ventiquattr'ore, all'affermazione innanzi la giustizia (*). Questa formalità non è se non la riproduzione, sotto un altro nome, del giuramento che altravolta costituiva da se sola tutta la solennità, perciocchè la dichiarazione era verbale. Oggi il giuramento è una guarentigia addizionale, ma una guarentigia importante; la necessità di presentarsi a breve termine dinanzi un giudice per reiterare la sua testimonianza, richiama l'attenzione dell'agente sulla gravità della missione a lui affidata. Le espressioni che attestano quest'affermazione non sono sagramentali, ma bisogna che se ne possa dedurre una prestazione di giuramento. Se si dice solamente che il redattore *persiste* nel processo verbale, che egli ne *conferma* il contenuto, che lo *dichiara sincero e verace*, la nullità esisterà sempre, secondo il principio che una formalità non comprovata reputasi omessa (6). Del resto, l'affermazione è il compimento del processo verbale, e si decide con ragione (7) che, se la sottoscrizione

(1) Cassazione, 2 ottobre 1846.
(2) Titolo, I, sezione VII, articolo 6.
(3) Arresto di annullamento del 29 marzo 1810.
(4) Cassazione, 23 luglio 1824.
(5) Ordinanza del 1319.
(*) L'articolo 137 della cennata legge forestale preferiva anch'essa che il compilatore del processo verbale la ratifichi con giuramento entro ventiquattr'ore dalla sua chiusura, innanzi al giudice di circondario o a chi ne fa le veci. Vanno però esenti dall'obligo della ratificazione i processi verbali degl'ispettori e degli altri funzionarii ad essi superiori (articolo 133). — *Il Traduttore.*
(6) Arresti di rigetto del 29 febrajo e 20 marzo 1842.
(7) Rigetto del 1 aprile 1830.

Digitized by Google

era necessaria per la validità di un atto affermato, l'atto stesso di affermazione dev'essere firmato, a pena di nullità.

508. Nelle materie speciali la menzione della data del processo verbale richiedesi a pena di nullità, tanto se la legge prescriva espressamente questa menzione, come lo fa in materia di dogane la legge del 9 fiorile anno VII, nel titolo IV, articolo 3, quanto se la data del processo verbale sia il punto di partenza del termine prescritto per l' osservanza di una formalità essenziale, come in materia forestale, in cui l'affermazione deve aver luogo *al più tardi l' indomani della chiusura* del processo verbale (1). Ma nelle materie ordinarie, la data, sebbene sia sempre utilissimo non ometterla, non essendo indicata dal codice d'istruzione (articoli 14 e 16), non è affatto essenziale alla validità del processo verbale, a differenza delle materie civili, in cui l' autenticità suppone la menzione della data [2].

509. Per quanto concerne il registro, le leggi speciali ne fanno espressamente una condizione della validità dei processi verbali nelle sole materie doganali, forestali, e di pesca fluviale. La corte di cassazione applicava dapprima questa regola a tutti i processi verbali che fanno fede sino all'inscrizione in falso, e non considerava, per conseguenza, la registratura come una misura puramente fiscale se non relativamente ai processi verbali che fanno fede solamente sino a pruova contraria.

Ma le menti più svegliate sono di accordo nel rigettare questa distinzione come arbitraria. Se l' articolo 34 della legge del 22 glaciale, anno VIII, che dichiara nulla la citazione o il processo verbale che un usciere o altro uffiziale non ha fatto registrare entro un certo termine, è applicabile ai processi verbali in materia speciale, qualunque ne sia la fede, è sottoposto al registro a pena di nullità. Se, all'incontro, debbesi restringere questa disposizione ai processi verbali stesi in un interesse privato, come sembra deciderlo l'articolo 47(*) della stessa legge, che vieta ai giudici ed alle amministrazioni di profferire decisioni in forza di atti non registrati, *in favore dei particolari*, bisogna convenire che ove la registratura non sia formalmente prescritta a pena di nullità, non vi si deve scorgere che una misura puramente fiscale; la corte suprema si è diffinitivamente pronunziata in questo senso (3).

510. Le nullità dei processi verbali non debbono essere assimilate alle nullità delle citazioni. Esse non restano coperte dal silenzio delle parti, *in limine litis*, e possono mettersi innanzi per la prima volta tanto in appello, che innanzi la corte di cassazione (4). Del resto, la quistione di nullità non offre interesse se non quando la condanna sia unicamente fondata sul processo verbale. Questo avviene sempre in talune materie, come le dogane e le contribuzioni indirette, nelle quali, come abbiamo veduto al numero 190, il processo verbale è la base necessaria dei procedimenti. Ma nella maggior parte

(1) Codice forestale articolo 165-132.
(2) Legge del 25 ventoso anno XI, articoli 12 e 68.
(*) Confronta l' articolo 31 della legge sul registro del 21 giugno 1819.— *Il Traduttore.*
(3) Arresto del 4 gennajo 1834 e 31 marzo 1848.
(4) Arresto di annullamento del 25 ottobre 1824.

Digitized by Google

dei casi si ammettono altre pruove, e la condanna può rimaner ferma, malgrado l'annullamento del processo verbale. Non può quindi mettersi in dubio che possono, in generale, provarsi con testimonii i delitti speciali in difetto di un processo verbale regolare, non meno che in difetto di qualunque processo verbale.

Ma debbesi forse eccettuare il caso in cui siavi semplicemente confessione dalla parte dell'imputato? Questo si è sostenuto, pretendendosi, giusta l'antica giurisprudenza, che la confessione può far pruova della colpabilità, ma non mai dell'ingenere del delitto.

Noi non possiamo fare altro che riportarci a quanto abbiamo detto in proposito, quando, nel trattare della confessione, invocammo i principii moderni sulla pruova per respingere, colla giurisprudenza della corte di cassazione [1] quest'applicazione dell'antica teoria delle pruove legali (numero 300). L'assodamento del corpo del delitto è qui meno necessario che altrove, in faccia ad una confessione formale. Le confessioni mendaci, già rare in materia ordinaria, sono moralmente impossibili in materia fiscale, in materia forestale, ec. I motivi straordinarii, che hanno potuto talvolta, in materia di alto criminale, produrre delle dichiarazioni false, sono ben difficili a supporsi quando trattisi di delitti che non attirano l'attenzione pubblica, e che non possono dar luogo se non a pene di poca importanza. È adunque il caso di ammettere qui, cogli antichi dottori, che la confessione è la migliore delle pruove, *probatio probatissima.*

511. È fuor di dubio che l'imputato non può eccepire vizii di forma, quando sia stato il di lui proprio fatto quello che ha dato luogo all'irregolarità di cui si duole, per esempio, se sia stata la sua resistenza quella che ha impedito di stendere un processo verbale regolare [2]. Ma quello che ammette qualche dubio si è se si possa considerare, come si fa nella pratica [3], l'inosservanza delle forme, come proveniente da una forza maggiore, quando l'uffiziale siasi trovato nell'impossibilità di adempirle, principalmente di affermare entro le ventiquattr'ore, per un ordine amministrativo che l'abbia chiamato in un altro luogo. Certamente, questa circostanza dev'essere sufficiente per mettere in salvo la responsabilità di lui, poichè egli era costretto ad ubbidire. Ma che interessa all'imputato questa necessità amministrativa, più o meno reale, che ha richiesto un traslocamento immediato dell'agente? La legge è stata sempre violata relativamente a lui. Dovrassi quindi annullare il processo verbale, salva la responsabilità del funzionario pubblico i di cui ordini hanno cagionato questa nullità.

§ 2. *Fede dei processi verbali.*

512. Noi esamineremo dapprima di che facciano pruova i processi verbali, siano o pur no i medesimi suscettibili di essere distrutti colla

(1) Male a proposito invocasi in sostegno dell'opinione contraria un arresto di rigetto del 16 aprile 1845, in cui dicesi, che la confessione, congiunta agli altri fatti materiali *stabiliti dal processo verbale*, non lasciava alcun dubio sulla contravvenzione. Quest'arresto stabilisce che, nella specie, eranvi altre pruove oltre la confessione; il che non vuol dire che la confessione non avrebbe potuto essere sufficiente (ved. gli arresti citati, numero 300).

(2) Arresto di rigetto delli 8 marzo 1821.

(3) Arresto di annullamento del 12 luglio 1834.

Digitized by Google

pruova contraria. Vedremo poscia quello che debba intendersi per pruova contraria, nel caso in cui la medesima sia ammessibile. Per quanto concerne l'iscrizione in falso, essa deve formare l'oggetto della sezione seguente.

513. Il principio fondamentale sulla fede dei processi verbali, principio in armonia con quello stabilito per l'autenticità in generale, si è che non provano se non *i fatti materiali relativi ai delitti e contravvenzioni da essi comprovati*. Tali sono le espressioni dell'articolo 176 del codice forestale, che ritrovansi nell'articolo 53 della legge sulla pesca nei fiumi; espressioni che furono introdotte in questo codice dalla commessione della camera dei deputati, onde consagrare officialmente una teorica già ricevuta nella pratica, e comune per altro a tutti i processi verbali. « Quest' articolo 176 del pro« getto, dice nel suo rapporto il si« gnor Favard de Langlade, attri« buisce a taluni processi verbali re« golari l'effetto di far fede sino all'i« scrizione in falso dei fatti relativi « ai delitti e contravvenzioni dai me« desimi comprovati. Questa disposi« zione è a noi sembrata troppo ge« nerale; essa potrebbe far credere « che non si ammetta alcuna pruova « contro una dichiarazione qualun« que scritta in un processo verbale, « mentre essa debbe unicamente ap« plicarsi *alla materialità del delit« to o della contravvenzione*. Voi « comprenderete, o signori, quanto « sia pericoloso l'ammettere che delle « indicazioni relative ad ingiurie, a « violenze o a tutt'altre circostanze, « possano interdire all' imputato la « facoltà di somministrare la pruova « contraria. Per rimuovere qualsi« voglia dubiezza sull'assunto, noi « proponiamo di dire nell'articolo: « *fatti materiali*. Quest'addizione è « conforme ad una giurisprudenza « consagrata dalla corte di cassazio« ne.»

Questo principio non è impugnato, ma esso dà luogo a gravi difficoltà nell'applicazione. Che cosa debbesi intendere per *fatti materiali*?

514. Dapprima è evidente che questi fatti debbono avere direttamente relazione col delitto o colla contravvenzione. Così il signor Favard de Langlade, d'accordo con una giurisprudenza costante, esclude le indicazioni relative ad ingiurie, a violenze. Sono questi dei delitti comuni che l'agente non ha più alcun potere speciale per comprovare.

515. Anche pel delitto di cui la pruova rientra nell' esercizio delle sue funzioni, la *materialità* sola si trova legalmente stabilita. Il redattore non merita quindi fiducia, al pari del notajo, se non pei fatti da lui percepiti *sensibus propriis*, e non quando si abbandona ad induzioni più o meno avventate (*). Così un arresto di rigetto del 30 maggio 1831

(*) La nostra legge forestale stabilisce nettamente i confini entro i quali un processo verbale possa far fede sino all'iscrizione in falso. Nell'articolo 134 si dice: « I processi verbali distesi dagl'ispettori forestali o da altri fonzionarii di grado ad essi superiore, faranno piena pruova in giudizio fino all'iscrizione in falso, pei soli fatti che ne saranno l'oggetto, purchè siano relativi a reati preveduti dalla presente legge, e rivestite delle forme fissate coll'articolo 131; e qualora vi sia atto di flagranza, ai termini dell'articolo 50 della quarta parte del codice.»

Art. 135. « Le induzioni e gli argomenti che i compilatori dei verbali trarranno dai fatti da essi accertati, benchè espressi nei sudetti verbali, non porteranno seco alcuna necessità di assenso per parte del giudice, e dovrà in questo caso istruirsene la pruova. » Il giudice può valutare secondo il suo criterio morale le induzioni che i com-

Digitized by Google

riconobbe che potevasi, senza bisogno d'inscrizione in falso, provare l'origine francese di un cavallo sorpreso entro il raggio-frontiera, sebbene i preposti affermassero nel loro rapporto, che esso era proveniente dall'estero. Era questa una quistione d'identità, che non poteva essere risoluta colla semplice ispezione dell'oggetto in lite. Una decisione ben più rilevante si è quella del 1 marzo 1822, per la quale la stessa corte dichiara che un processo verbale, che comprova la sorpresa, nel domicilio di un pescatore, di una rete proibita, ancora bagnata, non può stabilire che egli se ne sia servito per la pesca. Finalmente, sempre nello stesso spirito, la corte di cassazione ricusa al commessario di polizia la facoltà di stabilire che delle acque gettate sulla via pubblica siano insalubri, ma gli permette di stabilire che siano puzzolenti, perciocchè quest'ultima qualità può conoscersi direttamente per mezzo dei sensi, mentre la seconda richiede l'esame delle persone dell'arte [1].

La giurisprudenza però non si è sempre così strettamente rinserrata nel principio che l'agente non altro può stabilire se non i fatti materiali che egli ha attualmente sotto gli occhi. Può censurarsi un arresto della stessa corte del 14 gennajo 1830, che ammette che un processo verbale possa far fede di un fatto già passato, precisamente del fatto che un dato terreno era precedentemente in natura di bosco. Ma a noi, sembra che male a proposito siansi censurate altre decisioni dagli autori che hanno scritto sulla materia. A noi sembra che questi scrittori siansi soverchiamente attaccati all'idea di *fatti materiali*. Quando trattasi di punti sui quali gli agenti posseggono delle conoscenze speciali, si può, secondo noi, con ragione, prestar fede alla loro testimonianza, non solamente per quanto concerne le più grossolane apparenze, ma benanco per le qualità meno evidenti, purchè siano però tali da potersi valutare da persone perite. Non è quindi per nulla estraordinario che non si possa, senza prendere la via dell'iscrizione in falso, sostenere che una bevanda sorpresa come vino dagl'impiegati delle contribuzioni indirette, non era se non dell'acqua gettata sopra talune more; ovvero che la caldaja sorpresa presso un fabbricante di birra, non era realmente adatta a quest'uso [2]. A che servirebbe, nel sistema opposto, l'istituzione di agenti che abbiano delle conoscenze affatto speciali, se, in simili circostanze, essi dovessero limitarsi a comprovare l'esistenza di un liquido di colore rossastro, ovvero di una caldaja qualunque? Non debbesi uscire dai fatti, certamente; ma, perchè il rapporto sia utile, è mestieri che esso qualifichi i fatti, purchè, nel qualificarli, esso non si allontani dagli elementi somministrati dell'esperimentazione diretta. Questa esperimentazione, finalmente, non è quella del primo venuto, ma quella di persone che hanno cognizioni speciali (3).

Non avviene però lo stesso, e tutti sono di accordo su questo punto, se

pilatori abbiano tratte dai fatti comprovati nei verbali, e tutti gli altri fatti e reati che non fossero relativi a' boschi. — *Il Traduttore.*

(1) Paragonate gli arresti del 27 agosto 1825 e del 17 giugno 1832.

(2) Vedi gli arresti della corte di cassazione del 21 novembre 1817 e del 15 luglio 1826.

(3) Vedi anche un arresto di cassazione del 12 febrajo 1847.

Digitized by Google

l' uffiziale sorregge la sua testimonianza sulla sola notorietà pubblica. Egli non ha qualità per comprovare questa pretesa notorietà, e quand'anche fosse comprovata, essa non sarebbe una pruova legale, ma una presunzione vaga, che potrebbe essere combattuta con tutti i mezzi possibili.

516. Si ricerca finalmente se possano farsi rientrare nei fatti materiali le confessioni e le dichiarazioni degl'imputati.

Taluni gravi scrittori sostengono la negativa [1]. Essi opinano che i soli fatti esterni, che lasciano delle traccie scusibili, possano stabilirsi in questo modo, ad esclusione delle confessioni, le quali, non lasciando alcuna traccia di questa natura, tendono a provare il delitto, ma non lo costituiscono punto. Ma la giurisprudenza della corte di cassazione [2] si è pronunziata nel senso dell' affermativa, che a noi sembra meglio fondata. La restrizione della fede dell'atto ai fatti materiali ha per iscopo di respingere le induzioni che non siano ritratte dall' esperienza personale del funzionario, ma non di limitare l'autorità di questo funzionario a taluni solamente tra' fatti che egli percepisce nell'esercizio delle sue funzioni. « Debbonsi intendere « per fatti materiali, dice molto bene « il signor Mangin [3], tutti quelli « che colpiscono gli organi : or, « come stabilire una distinzione tra' « fatti che colpiscono il tale organo « degl'impiegati anzichè il tal altro, « non prestare fede a quello che « essi dicono di avere inteso, mentre « poi la si presta a quello che essi « dicono di aver veduto? »

Non bisogna però dimenticare che la confessione del delitto non è il delitto medesimo, e che potrà sempre provarsi che questa confessione è stata il risultato dell'inganno o dell'errore. Ben male a proposito quindi si è indicata come una inconseguenza della teorica della corte suprema, la regola stabilita da un arresto di annullamento del 30 luglio 1835, secondo il quale la realtà sola del fatto è stabilito sino all' inscrizione in falso, potendosene sempre discutere la sincerità colla pruova contraria. È questa l' applicazione pura e semplice dei principii elementari sull' autenticità, perciocchè la comprovazione legale cade sempre sopra i fatti di cui l'uffiziale ha personalmente conoscenza.

517. Ci rimane ora ad esaminare quali siano le pruove che si possono apprestare contro i processi verbali che non fanno fede sino *all'inscrizione* in falso. La difficoltà non sembra a primo aspetto ben grave. Ordinariamente, quando un dato documento o una data testimonianza ammette la pruova contraria, questa pruova, meno i casi in cui si esclude quella testimoniale, può farsi con tutti i mezzi adatti per convincere la mente del giudice. La giustificazione della non-colpabilità dell'imputato non è quindi sottoposta, per dritto comune, ad alcuna condizione restrittiva. Certamente, è forza convenirne, la semplice denegazione dell'imputato non dev' essere considerata come una pruova contraria. Inoltre, in questa materia, come nelle altre, il convincimento del giudice non potrebbe formarsi sopra gli elementi presi fuori della pubblica discussione. Ma dobbiamo noi forse spingerci più innanzi, ed attenerci a quelle espressioni dell' articolo 154 del codice

(1) Il signor Faustin Hélie § 285.
(2) Vedi principalmente un arresto proferito, a camere riunite, li 6 agosto 1834.
(3) *Processi verbali*, numero 32.

d'istruzione: « Essi potranno essere « combattuti da pruove contrarie, « *tanto scritte che testimoniali*, quan« do il tribunale giudichi conve« niente l'ammetterle (*)? »

Noi avevamo opinato dapprima, con parecchi scrittori, che nell' indicare la pruova scritta e la pruova testimoniale, questa disposizione non era per nulla limitativa, e doveva estendersi a qualunque specie di pruova, al pari dell'articolo 46-48 del codice civile e di molti altri articoli delle nostre leggi, i quali, nel permettere di provare tanto per mezzo di titoli che per mezzo di testimonii, non intendono escludere le pruove di un' altra natura. Ma, riflettendovi più maturamente, noi abbiamo riconosciuto, colla giurisprudenza della corte di cassazione e cogli scrittori speciali, che qui il processo verbale ha il carattere di una pruova legale, suscettibile solamente d' essere combattuta con mezzi determinati, la valutazione dei quali non è sottoposta all'arbitrio del giudice. Non potrebbesi quindi invocare il dritto comune il quale, come vedremo, colloca le presunzioni sulla stessa linea della pruova testimoniale, e che considera i tribunali di polizia come una specie di giurì relativamente alla valutazione dei fatti. È nello spirito della legislatura speciale di non attenersi nè alle denegazioni dell'imputato, nè alla notorietà publica, nè alle nozioni personali [1] che il giudice possa avere [2]; ed in generale, di non fare entrare in calcolo alcuna presunzione [3]. Nondimeno la giurisprudenza, escludendo i semplici rischiaramenti o certificati, ammette come pruova contraria legale il rapporto di periti debitamente giurato e la visita dei luoghi regolamente operata dal giudice. Sono queste delle testimonianze *lato senso* (4).

518. L'articolo 154 aggiunge, parlando delle pruove contrarie, *se il tribunale stimerà conveniente l'ammetterle*. Boitard (5) sembra argomentare da ciò che qui si conceda più specialmente al giudice un potere indefinito per ammettere o rigettare queste pruove. Ma per questo potere non altro s'intende nella pratica (6), la quale è in questo punto perfettamente d'accordo colla teoria, se non la facoltà di rigettare una pruova frustranea, cioè l'allegazione di fatti inconcludenti [7], nello stesso modo come in materia civile [codice di procedura articolo 253-348 e 254-349]. Non havvi adunque in questa cosa nulla di arbitrario o di eccezionale. Si è voluto solamente impedire che il cavillo renda eterne le cause le più semplici, in-

(*) La quistione è completamente oziosa per dritto nostro, perciocchè l'articolo 137 della nostra legge forestale del 21 giugno 1819, concede al giudice facoltà illimitata di valutare secondo il suo criterio morale le pruove tutte discusse a carico o a discolpa, quando il verbale, per un vizio qualunque, non faccia piena pruova.—*Il Traduttore*.

(1) Vedi numero 71.

(2) Corte di cassazione arresti del 15 luglio 1820, 17 dicembre 1824, 24 luglio 1835 e 9 agosto 1838.

(3) Invocasi sovente in questo senso un arresto di annullamento del 5 gennajo 1810, dal quale si vuole che risulti che una presunzione di dritto non può essere distrutta da presunzioni semplici. Questa teorica, nella sua generalità, è erronea; ma, checchè ne sia, questo arresto è estraneo all' interpretazione dell' articolo 154 del codice d'istruzione, perchè esso statuisce sopra un caso regolato dal drittointerno.

(4) Arresti del 9 dicembre 1833 e del 1 giugno 1844.

(5) Istruzione criminale commentario su questo articolo.

(6) Arresti del 17 febrajo e del 23 settembre 1837.

(7) Vedi numero 52.

Digitized by Google

sistendo per l'ammessione di pruove testimoniali completamente inutili, ma che il tribunale non avrebbe la facoltà di ricusare.

SECONDA DIVISIONE.

Fede degli atti autentici ordinarj innanzi i tribunali criminali.

519. La fede degli atti autentici, redatti nella forma ordinaria dai notaj o da qualunque altro uffiziale publico, è evidentemente nel criminale la stesssa che nel civile. Ed infatti, il codice d'istruzione [articolo 458-446] traccia la via da seguirsi, quando, nel corso di un procedimento criminale, un documento prodotto sia impugnato di falso; il che addimostra bene che l' inscrizione in falso è necessaria in materia criminale, quando impugnasi un atto autentico. Certamente i punti che richiedono per lo più una verificazione di titoli, come sono quelli relativi alle proprietà immobiliari, debbono, come da noi si è veduto [1], rimandarsi ai tribunali civili. Ma, in una moltitudine di circostanze, possono prodursi incidentemente degli atti autentici innanzi le giuridizioni criminali, e queste debbono decidersi giusta la loro autorità, sino a quando non vi sia inscrizione in falso.

520. Noi dobbiamo riprodurre qui l'osservazione importante sul carattere ristretto della fede che si attribuisce all'autenticità: essa non ha luogo se non entro i limiti della competenza dell'uffiziale che instrumenta. Quindi il fatto diretto dell'infrazione della legge penale sarà molto raramente comprovato da un funzionario dell'ordine civile, come sarebbe un notajo. Questo funzionario non avrà ordinariamente alcuna qualità per redigere atto d'un delitto, come una guardia forestale non avrebbe qualità per istendere un processo verbale destinato a provare una transazione sull'azione civile. Potrebbe avvenire solamente che il notajo fosse chiamato a dare l'autenticità ad una confessione; ma allora quello che egli attesterebbe *visu et auditu*, non sarebbe già il delitto, ma la confessione del delitto; confessione della quale può impugnarsi la sincerità e l'efficacia senza prendere la via dell'iscrizione in falso [2].

Qualche volta però un'infrazione potrà trovarsi direttamente ed officialmente stabilita da atti notarili, precisamente da quelli che comprovino prestiti usurai. Per quanto fosse biasimevole il notajo che avesse prestato il suo ministero a simili convenzioni, egli ne avrebbe nondimeno steso atto nell'esercizio delle sue funzioni, e quindi vi sarebbe luogo ad applicare la legge del 3 settembre 1807, a meno che non si provasse la falsità del titolo. Ma, ordinariamente, gli atti autentici serviranno solamente a stabilire delle circostanze capaci di accrescere o diminuire la pena; così si proverà per mezzo degli atti di nascita l'età dell'accusato o quella della vittima, quando l'età potrà influire sulla gravità del delitto o sulla natura della condanna.

521. I cancellieri dei tribunali criminali hanno evidentemente qualità [3] per attestare, come quelli dei tribunali

(1) Vedi il numero 180.
(2) Vedi numero 516.
(3) Il cancelliere non ha egli esclusivamente qualità? Può forse, come fece un'arresto di rigetto del 30 novembre 1824, dichiararsi valido un processo verbale il quale attesti, non che una formalità sia stata adempiuta a conoscenza dell'uffiziale redat-

Digitized by Google

civili, l' adempimento delle formalità prescritte dalla legge. Il processo verbale della seduta di una corte di assise (codice d'istruzione articolo 372) fa quindi fede sino all'inscrizione in falso. Inoltre, non è ammessibile alcuna pruova testimoniale per supplire a questa comprovazione. Ogni formalità di cui non sia menzionata l'esistenza, è per questo solo fatto reputata non adempiuta senza che possa riceversi alcuna pruova in contrario (1).

Anche qui l'autenticità non può attribuirsi se non ai fatti di cui l'ufficiale sia stato egli stesso testimonio. Quindi l'età d'un testimonio non può essere stabilita col mezzo di questo processo verbale. Lautenticità non può neanco attribuirsi ai punti che il cancelliere non ha qualità per comprovare. Quindi la menzione che una data cosa siasi fatta *conformemente al tale articolo del codice d'istruzione criminale*, non può essere considerata se non come un rimando fatto all' articolo dal redattore del processo verbale, ma non mai come la pruova che tutto siasi operato in conformità delle disposizioni della legge.

522. Elevasi una quistione molto grave sull'autorità del processo verbale di un misfatto o di un delitto commesso all'udienza, steso dal cancelliere di un tribunale criminale o anche civile (*ibid.*, articolo508-547). Questo processo verbale pruova esso il misfatto o il delitto sino all' inscrizione in falso, sebbene niun testo di legge lo collochi nel numero dei documenti ai quali attribuiscesi cotale autorità ?

Merlin sostenne l'affermativa in una causa sottoposta alla corte di cassazione, li 31 dicembre 1812. Egli pretendeva che avesse dovuto attribuirsi la massima fede al processo verbale steso dal cancelliere di una corte di assise, dal quale risultava che i magistrati erano stati insultati nell' esercizio delle loro funzioni. La specie era favorabile, perciocchè le giurisdizioni superiori, come le corti di assise, hanno qualità, in simile circostanza, per giudicare, senza sciogliersi, quand'anche si trattasse d'un misfatto, (*ibid.*, articolo 506-546) (*). Di conseguenza, si dice, la corte aveva qualità per comprovare i fatti, poichè essa avrebbe potuto colpire immediatamente l'accusato della pena legale.

Ma altro si è una verificazione publica, per mezzo di una discussione in contradizione, altro la semplice redazione di un processo verbale che le parti interessate non hanno dritto di riscontrare. Osserviamo che potrebbe trattarsi di misfatti, e che in tal guisa potrebbe necessariamente incorrersi una pena capitale, senza che l'accusato fosse stato messo in mora di addurre le sue giustificazioni. È di vero, se il processo verbale facesse fede sino all'inscrizione in falso, la giurisdizione investita della causa non altro dovrebbe fare che applicare la pena, e la pretesa moderazione della corte di assise si ridurrebbe, in sostanza, a privare l' accusato della facoltà

tore, ma che, *secondo la piena e ferma credenza del presidente*, essa dovette esserlo ?

(1) Vedi principalmente due arresti di rigetto del 30 giugno 1828 e 12 dicembre 1840, ed un arresto di annullamento delli 12 settembre 1845.

(*) L' articolo 547 della nostra procedura penale non accorda alle corti od ai tribunali la facoltà di giudicare immediatamente quando trattisi di misfatto: in tal caso il presidente farà con sua ordinanza arrestare il colpevole, lo interrogherà, farà stendere processo verbale del fatto, e rinvierà la causa al giudice competente.

Digitized by Google

di difendersi, senza prendere la via pericolosa dell'iscrizione in falso. Si fu per questo che la corte di cassazione non ammise la teorica di Merlin; essa considerò che nella specie il processo verbale faceva fede sino a pruova contraria. Nel solo caso in cui il redattore agisca assolutamente in qualità di cancelliere, quando egli comprovi le operazioni del tribunale al quale trovasi addetto, debbesi attribuire l' autenticità più completa alla testimonianza di lui. Questa soluzione è per altro perfettamente ragionevole. Il cancelliere non ha dell'esistenza di un delitto che si commette forse all'estremità della sala d' udienza, una certezza uguale a quella dell'adempimento delle formalità che hanno luogo sotto i suoi occhi alla barra del tribunale.

523. Ci rimane ad esaminare una grave quistione di competenza, relativamente all'esame degli atti autentici prodotti dinanzi una corte di assise. Se ne deve attribuire la conoscenza ai magistrati ovvero al giurì?

Sebbene non si tratti che di stabilire un fatto coll'appoggio di questi documenti, bisogna confessare che il giurì non è atto alle verificazioni delle pruove legali, di cui la validità è subordinata all'esistenza di condizioni affatto teoriche, e che la sua vera missione consiste nel discutere le testimonianze ed i documenti sui quali si può formare un convincimento, indipendentemente da ogni principio di dritto. Da ciò la teoria professata dal signor Rauter (1), secondo il quale il giurì non sarebbe chiamato a conoscere che degli elementi materiali dell'accusa, ad esclusione delle pruove precostituite.

Ma questa distinzione non potrebbe sostenersi in faccia all' articolo 341 del codice d'istruzione, che prescrive di rimettersi ai giurati i processi verbali ed i documenti in generale. La scissione peraltro sarebbe quasi sempre ineseguibile, perciocchè i documenti e le testimonianze concorrono ad operare il convincimento, in guisa da formare un tutto moralmente indivisibile. Tutto quello che si può ammettere si è che le quistioni pregiudiziali che toccano il dritto civile, sono della competenza esclusiva della corte. Così una giurisprudenza oggi costante (2) ammette che i magistrati soli hanno qualità per decidere, nelle quistioni di falso, se il falso sia stato o no commesso in iscrittura pubblica. Questa giurisprudenza è impugnabile certamente in faccia all'articolo 337 del codice d' istruzione, il quale sembra rimettersi puramente e semplicemente al giurì sulla quistione di sapere « se l' accusato sia « colpevole di un dato misfatto con « tutte le circostanze comprese nel « riassunto dell'atto di accusa. » Ma, supponendo che l'impossibilità in cui ritrovasi il giurì di statuire sopra quistioni di puro dritto, debba fare staccare dalla sua giurisdizione le quistioni pregiudiziali di dritto, non ne segue in generale che gli atti debbano essere valutati dalla corte, e le testimonianze dal giurì. La quistione principale dev' essere sempre risoluta dal solo giurì, coll'appoggio di tutti i documenti della causa. Per quanto concerne le quistioni civili preliminari, qualunque siasi la ma-

(1) Trattato di dritto criminale, numero 777.

(2) Cassazione, 30 giugno 1831.

Digitized by Google

niera in cui si somministri la pruova dei punti che vi si riferiscono [1], saranno sempre della competenza dei magistrati.

TERZA SEZIONE.

Via che debbesi seguire per far cadere l'autenticità; inscrizione in falso.

524. La fede che si attribuisce all' autenticità, e sinanco all' apparenza dell' autenticità, non può essere distrutta dalla semplice somministrazione della pruova contraria; la falsità dell'atto impugnato dev'essere specialmente stabilita.

525. Il falso, che ha costituito in tutti i tempi un vero misfatto [2], può dar luogo a procedimenti criminali, non meno che ad un'azione puramente civile. La facoltà concessa ai particolari, nella più antica nostra giurisprudenza, di spingere essi medesimi, come facevasi in Roma, le accuse che li concernevano, ha lasciato più di una traccia in questa materia. Le espressioni di *falso principale* e di *falso incidente*, come pure la formalità dell' inscrizione, non hanno altra origine.

526. L'articolo 1319-1273 del codice civile chiama *querela di falso principale* il procedimento di falso dinanzi ai tribunali criminali. Il codice di procedura chiama all'incontro, *falsa incidente civile* [3], l'attacco diretto in linea civile contro l' atto, fatta astrazione da qualunque procedimento contro coloro che l'abbiano foggiato o falsificato. Può anche esservi falso incidente criminale, se, nel caso di un procedimento criminale, s'impugni di falso un documento prodotto [codice d'istruzione, articolo 458-448].

La distinzione di queste due specie di falso incidente è agevolissima a comprendersi, ma, quello che è meno facile a concepirsi, si è l' espressione di falso *principale*, applicata come essa lo è qui. E di vero, qual rapporto havvi tra l' idea di falso principale e quella di procedimenti criminali per falso? Dicesi che un' azione è principale o incidente, secondo che essa si presenti come un episodio che viene a rannodarsi ad una lite preesistente. Così, la garentia reclamata dall' acquirente contro il venditore è principale, quando è spinta direttamente, è incidente, quando è invocata nel corso di una lite intentata contro l'acquirente da terzi. Ma in entrambi i casi, lo scopo dell'azione è lo stesso, le conclusioni sono identiche. Nulla di simile nel falso principale messo in confronto col falso incidente. Il primo di questi procedimenti tende a punire un misfatto; il secondo ad ottenere sodisfazione per interessi puramente privati. Certamente l' azione civile può intentarsi in materia di falso come in qualunque altra materia criminale, innanzi ai giudici medesimi dell'azione pubblica [codice d' istruzione articolo 3-5]; ed allora le stesse con-

(1) Così, un arresto di rigetto del 22 settembre 1821 decise che spetta solamente alla corte decidere se delle monete di 75 centesimi siano di argento o di biglione, quistione che non è per nulla capace di essere risoluta per mezzo della pruova scritturale.

(2) Questo misfatto era nei tempi andati ritenuto talmente odioso, che non era compreso nelle amnistie generali concesse dai principi all'occasione di grandi avvenimenti, come la loro elevazione al trono o il loro matrimonio (vedi Farinacio, questione 150). Molti antichi scrittori considerano infatti il falso come più grave dell'omicidio.

(3) Parte 1, libro II, tit. XII.

Digitized by Google

clusioni che avrebbero potuto presentarsi all'udienza dei tribunali civili, saranno presentate innanzi la corte di assise. Ma questa è una circostanza assolutamente accidentale, relativamente al procedimento del falso. L'azione del ministero pubblico, tendente all'applicazione della pena, si esercita indipendentemente da ogni intervento degl'interessati. Or, può mai ragionevolmente qualificarsi quest'azione come principale, quasichè le medesime conclusioni potessero giammai presentarsi incidentemente dinanzi ai tribunali civili?

Le espressioni di falso principale e di falso incidente non possono comprendersi senza riportarci all'antico sistema delle accuse private, preso in prestito dai Romani. In questo sistema, la parte offesa poteva, a sua scelta, agire dinanzi ai tribunali criminali o innanzi i tribunali civili [1]. Quando essa investiva la giurisdizione criminale, non solo della domanda d'indennizzazione, ma benanco dell' applicazione della pena, domandava sempre una riparazione, perciocchè in questo sistema, la pena era una sodisfazione accordata agl'interessi privati; ma questa riparazione era chiesta per mezzo di un'azione principale, mentre, innanzi la giurisdizione civile, la quistione presentavasi ordinariamente in linea incidentale, all'occasione di una causa in cui si fosse prodotto un documento impugnato di falso.

Tale si è l'origine della confusione che si è introdotta nella pratica tra l'idea di falso principale e quella di falso criminale. Ed anche dopo che si ebbe istituito un ministero pubblico per perseguitare i reati in nome della società, sebbene il pubblico ministero avesse avuto il diritto di agire solo, non per questo era men vero che, nel caso di unione della parte pubblica colla parte civile, la parte civile era sempre preferita alla parte pubblica per la continuazione dell'accusa (2). Ma, oggi che l'azione per l'applicazione delle pene appartiensi esclusivamente ai funzionarii ai quali essa è stata affidata dalla legge, è agevole comprendersi quanto l'espressione di falso principale, adoperata nel senso di falso criminale, sia inesatta.

527. Basterebbe che questa osservazione si abbia un interesse teorico per essere utile di rettificare le idee su questo punto. Ma l'errore di coloro che fanno la confusione da noi spiegata, non è puramente scientifico, esso ha delle conseguenze pericolose nella pratica; poichè tende a decidere che il falso civile non può essere che incidente. Si fa osservare, in sostegno di questa opinione, che il titolo del codice di procedura, ove parlasi di falso, è intitolato: *Del falso incidente civile*, e che le disposizioni di questo codice [articolo 214-309 e 215-310], suppongono evidentemente un procedimento principale, sul quale vengasi ad innestare il procedimento accessorio, tendente alla soppressione del documento sospetto.

In questo sistema, qualunque si fosse l'interesse che io potessi avere a provare oggi la falsità di un documento che vuol farsi valere contro di me, falsità che mi sarà forse impossibile di dimostrare più tardi, io non sarei ammesso ad impugnarlo nel civile con azione principale. Questa impossibilità d'intentare nel civile un' azione principale di falso poteva comprendersi nei tempi an-

(1) Diocl. e Massim. legge 16, *cod. ad legem corneliam de falsis.*

(2) Iousse, *Trattato della giustizia criminale*, tomo III, pag. 71.

Digitized by Google

dati, quando la parte offesa aveva qualità per sospingere l'accusa nel criminale. Ma oggi essa non può far altro che congiungersi eventualmente alla parte pubblica, di cui essa non può dirigere l'andamento. Sarebbe adunque eminentemente ingiusto di toglierle, in questo caso, la scelta che le accorda in generale il codice d'istruzione (articolo 3-5) tra le due giurisdizioni, perciocchè una di queste due giurisdizioni può benissimo non essere a lui accessibile.

Del resto, per dimostrare che l'articolo 214-309 del codice di procedura non è restrittivo, basta stabilire un'ipotesi, in cui, malgrado i termini di quest'articolo, l'azione principale di falso dev'essere ammessa nel civile. Or, questo avviene incontrastabilmente, allorchè l'autore del falso è morto, e che i procedimenti criminali sono di conseguenza divenuti impossibili: tutti riconoscono in tal caso che le parti interessate possono agire civilmente contro gli eredi, per dimandar loro la soppressione del documento [codice d'istruzione articolo 2-4]. Può adunque permettersi l'inscrizione in falso, senza che siavi un'istanza precedentemente impegnata. Se si ammette in un caso, perchè non ammetterla del pari tutte le volte che esiste un interesse ad intentare in tal guisa un'azione principale? Presentasi generalmente l'opinione contraria alla nostra come consagrata dalla giurisprudenza: il che sarebbe ben singolare in faccia a decisioni che ammettono, come abbiamo veduto nei numeri 205 e 206, gli *esami testimoniali de futuro* e le perizie *in futurum*. Ma nei casi in cui si è respinta la domanda in falso principale, questa domanda non tendeva a prevenire una controversia futura, me a ritornare sopra una controversia passata. Si è quindi perfettamente deciso escludendo in simili casi una via tendente ad attaccare l'autorità della cosa giudicata (1). Questo non importa costringere la parte che si duole del falso ad intentare un'azione criminale, il che sarebbe contrario allo spirito ed alla lettera della moderna legislazione. La corte di cassazione dichiara, all'incontro, coll'arresto del 25 giugno 1845 che « giusta l'ar« ticolo 3-5 del codice d'istruzione « criminale, l'azione per riparazione « del danno cagionato da un misfatto « o da un delitto, può essere intenta« ta dinanzi ai tribunali civili (2), « ma che quest'azione non può con« sistere unicamente nel far ricono« scere il misfatto o il delitto da tri« bunali civili; che è anche neces« sario che siffatta domanda di di« chiararsi giudiziariamente la esi« stenza del misfatto o del delitto, « sia incidentale ad una domanda di « riparazione di danno che ne risul« ti. » L'azione di falso principale è quindi ammessibile nel civile, quando sia convenientemente formulata (*).

(1) Cassazione, 25 giugno 1834; Parigi 17 dicembre 1808; Colmar, 17 maggio 1816.

(2) Bisogna osservare infatti che il falso criminale non è regolato dagli stessi principii del falso civile, e che le circostanze le quali possono distruggere la colpabilità, non influirebbero per nulla sul dritto a reclamare un'indennizzazione, e principalmente a far sopprimere il documento.

(*) Quasi tutti gli scrittori e la giurisprudenza sono di avviso contrario a quello emesso dal Bonnier. Vedi Thomine, tomo 1, pag. 384; Pigeau, *Procedura civile*, nei preliminari del *falso incidente*, num. 6, nota; Demiau, pag. 168; Favard, tomo II, pag. 560; Berriat, pag. 766; Boitard, tomo II, pag. 159; Chauveau, sopra Carré, Q. 863; Nîmes, 14 gennajo 1808; Colmar, 17 maggio 1816; Rennes, 19 dicembre 1815. — Carré, che nella quistione 863 sembrava adottare l'opinione degli scrittori sopra citati, nella quistione 864

Digitized by Google

528. Un secondo vestigio del sistema delle accuse private in questa materia, si è *l'iscrizione* medesima in falso, la quale richiama il procedimento criminale dei Romani. L'accusatore in Roma [1] era obbligato a presentarsi innanzi al pretore o al presidente della provincia, ed inscrivere, con talune forme solenni, il suo nome, quello dell'accusato e le circostanze del misfatto che egli assumeva di provare, inscrizione che traeva seco per lui la pena del taglione, quando l'accusa di lui fosse stata giudicata calunniosa. Quello che è ben singolare si è che in Roma la necessità dell'iscrizione fu abolita precisamente in materia di falso. *Quanvis inscriptionis necessitas accusatori de falso remissa sit*, dice Graziano [2], *poena tamen accusatorem etiam sine solemnibus occupat.*

In Francia per l'opposto, l'inscrizione fu specialmente ammessa pel misfatto di falso, e questa inscrizione esponeva ugualmante, nell'origine, alla pena del taglione l'accusatore, il quale era, di conseguenza, obbligato a costituirsi in prigione. Questo rigore era cessato nel sec. XVI, come ci viene insegnato dal presidente Favre [3]: « Jampridem vetus illa judi« ciorum consuetudo, quea induxerat, « ut quisquis falsi accusationem cri« minaliter instituere vellet, non aliter « audiretur quam si, solemnis inscri« ptionis tempore, seipsum carceribus « manciparet, nam et talionis poena « quae hujus solemnitatis necessita« tem induxisse videbatur, in usu esse « desiit: solentque qui in hujus modi « accusatione succumbunt, gravis« simis quidem poenis subjici, sed « tamen longe mitioribus quam si « falsum admisissent. » Sembra però che l'inscrizione non sia stata giammai imposta alla parte pubblica, la quale non era responsabile verso l'accusato. Ma essa continuò sempre ad essere imposta alla parte civile, la quale, anche nel XVI secolo, come c'insegna sempre lo stesso presidente Favre, era obbligata a prendere la via criminale. « Eo perven« tum est, ut de falso neque agi, « neque excipi civiliter possit, sed « criminalem accusationem instituere « necesse sit. »

Anche quest' ultima prescrizione cadde in disuso; ma la procedura di falso conservò sempre un carattere criminale anche quando essa era spinta dinanzi ai tribunali civili. Quindi non parlasi del falso nell'ordinanza del 1667, ma solamente nell'ordinanza criminale del 1670, titolo 9, sotto questa singolare rubrica: *del misfatto di falso tanto principale che incidente.* Le regole sul falso civile non furono svincolate e trattate specialmente se non nell' ordinanza del 1737 sul falso, opera notevole del cancelliere d'Aguesseau, che venne in gran parte trasfusa nel codice di procedura. Questa ordinanza dispensò la parte civile dall'iscrizione in falso in materia criminale (4); mentre l' iscrizione fu conservata, non si sa bene per quale ragione, in materia civile, in cui

abbraccia l'opinione del Bonnier. Dalloz, tomo VIII, pag. 418, cita Carrè, senza combatterlo. — Per troncare la difficoltà e conciliare le opinioni Rodière, pag. 201, consiglia di far nascere la lite onde possa farvisi entrare la querela di falso. Si citerà colui che potrebbe in prosieguo servirsi del documento, per presentarlo o riconoscerne la nullità; se l'atto vien presentato, si prenderà la via del falso incidente, se non è presentato, non potrà più in prosieguo essere prodotto. Vedi pure Chauveau, sopra Carré, Q. 864. — *Il Traduttore.*

(1) Paolo, legge 3, dig. *de accusationibus.*

(2) Legge 2, cod. Teodos. *ad legem Corneliam de falsis.*

(3) *Ad legem Corneliam de falsis defin.* 9.

(4) Vedi titolo I, articolo I.

Digitized by Google

questa formalità richiedesi anche presentemente.

529. Veggiamo ora quale influenza possa esercitare sull'esecuzione dell'atto, la procedura di falso, tanto civile, che criminale. Bisogna forse, per sospendere questa esecuzione, che una sentenza diffinitiva abbia dichiarato la falsità del documento?

Credesi ordinariamente che l'affermativa era ammessa in Roma d'una maniera assoluta. Tale non è però il senso del rescritto di Alessandro Severo, che forma la legge 2, al codice, *ad legem Corneliam de falsis*: « Satis aperte divorum parentum meorum rescriptis declaratum est, quum, morandae solutionis gratia, a debitore falsi crimen objicitur, nihilominus, salva executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportere. » Questo rescritto stabilisce evidentemente una regola eccezionale pel caso in cui l'allegazione di falso sembrasse dettata dalla mala fede: dal che sembra risultare all'incontro che, in principio generale, quest'allegazione potrebbe arrestare l'esecuzione, quando apparisse fondata.

Lo stesso avveniva nell'antica nostra giurisprudenza francese, se vogliamo riportarcene alla testimonianza di Serpillon, che pubblicò un'opera speciale sul falso. Secondo questo scrittore [1], « il giudice può ordinare che l'atto contro del quale siasi formata l'inscrizione in falso, si esegua provvisionalmente, dietro cauzione. » Non è adunque nuova la disposizione dell'articolo 1319-1273 del codice civile, secondo la quale « nel caso che si proponga la falsità per incidente, i tribunali potranno, secondo le circostanze, sospendere provvisionalmente l'esecuzione dell'atto. » E se i nostri tribunali possono sospendere provvisoriamente l'esecuzione, possono, a ragion più forte, come altravolta, ordinare, l'esecuzione mediante cauzione (2). Notisi altronde che quello che dicesi del falso incidente, deve, secondo noi, intendersi di ogni falso civile, quand'anche si fosse intentata un'azione principale per istabilirlo.

530. Che intende dunque, dire Pothier, quando decide (3) che gli atti autentici fanno fede provvisionalmente, sinchè non siasi statuito sull'impugnazione di falso? Null'altro, se non che l'autorità dell'atto non cade di dritto, sinchè non siavi stata condanna per falsità, ma egli non intende con ciò negare il potere prudenziale del giudice.

Per quanto concerne la sospensione forzosa, essa non aveva luogo giammai, nè nell'antica giurisprudenza, nè sotto l'impero della legislazione intermedia (4), per quanto si fosse inoltrata l'istruzione sul falso. L'innovazione della legge sul notariato, articolo 19, riprodotta dal codice civile, consiste nel pronunziare questa sospensione ad una certa epoca del procedimento criminale; perciocchè il procedimento civile, non altro trae seco giammai che una sospensione facoltativa. « In caso di querela di falso principale, dice l'articolo 1319-1273 di questo codice, l'esecuzione dell'atto impugnato di falso sarà sospesa colla decisione di sottoposizione ad accusa. » L'arresto profferito dalla camera delle

(1) Sull'articolo 29 del titolo 2 dell'ordinanza del 1737.

(2) Non essendo l'iscrizione in falso sufficiente per sospendere l'esecuzione, non bisogna prendere alla lettera quello che dicono le nostre leggi, che un atto fa fede *sino all'iscrizione in falso*.

(3) Trattato delle obbligazioni, num 735.

(4) Legge del 6 ottobre 1791, titolo I, sezione 2, articolo 13.

Digitized by Google

sottoposizioni ad accusa, dopo una procedura preparatoria già sufficientemente complicata, offre sufficienti guarentigie perchè lo scritto possa, a partire da quest'epoca, essere considerato come legalmente sospetto.

531. Guardiamoci del resto dal confondere la sospensione della fede dell' atto colla semplice sospensione della sua forza estrinseca, dell'*exequatur*. Quando un debitore, che si dice sventurato e di buona fede, domanda che si soprassegga dai procedimenti intentati contro di lui (*ibidem*, articolo 1244-1197), ovvero quando una persona, sotto il peso di una espropriazione forzosa, si fa autorizzare ad arrestarne l'effetto, offrendo di pagare l'intero debito, col mezzo della delegazione di un'annata di rendita (*ibid.* articolo 2212-2118); nè nell'una nè nell'altra di queste ipotesi, non si mette in quistione la fede intrinseca dell' atto, ma invocansi delle considerazioni d' equità per farne cessare la forza esecutiva. Simili casi di sospensione sono quindi assolutamente estranei alla materia delle pruove. Essi non possono applicarsi, se non agli atti suscettibili di esecuzione forzosa, della quale vogliasi arrestare il rigore, restando intatta la fede dell'autenticità. L'effetto del procedimento di falso, all' incontro, è precisamente quello di far cadere questa fede, quand'anche non si tratti di esecuzione materiale, per esempio, quando si revochi in dubio la sincerità di un atto dello stato civile.

532. Noi non abbiamo nulla da aggiungere relativamente al procedimento criminale di falso, chiamato dai pratichisti falso principale. L'andamento tracciato dalle nostre leggi (codice d'istruzione articolo 448-439 e seguenti) per l'istruzione di questa specie di misfatto, non è se non la riproduzione delle regole che noi stabiliremo, relativamente al falso civile.

È nondimeno interessante notare una differenza essenziale tra il procedimento civile ed il procedimento criminale, quale esso trovasi organizzato dal codice d' istruzione. « Sotto il codice di brumale anno « IV, disse l'oratore del governo nel- « l'esposizione dei motivi del codice « del 1808, la più lieve infrazione « delle forme prescritte per assicu- « rare lo stato dei documenti impu- « gnati di falso, o anche dei docu- « menti di confronto, trae seco la « pena della nullità. Quindi qualun- « que siasi il numero di questi do- « cumenti, essi debbono essere cifrati « in ogni pagina dalle persone indi- « cate dalla legge, e l'omessione della « cifra di una di esse, in una sola pagi- « na di un voluminoso quaderno, può « far cadere tutto il procedimento. « Questa sollecitudine della legge è « sembrata eccessiva. Ogni infrazione « della specie da me ora descritta, « darà luogo d'oggi innanzi ad un'am- « menda contro il cancelliere (codi- « ce d'istruzione articolo 448 e se- « guenti). Tuttavia la punizione del « cancelliere potrebbe essere consi- « derata come insufficiente, relativa- « mente alle parti, principalmente « all' accusato, quando costui non « potesse provvedere per intero allo « adempimento d'una formalità da lui « reputata utile al proprio interesse; « ma egli lo può, è il suo dritto, e « se egli ne reclama l' applicazione, « e non vi si statuisce, sarà aperto « l'adito alla cassazione. » Gl'interessati quindi potranno reclamare l'adempimento delle formalità legali; ma se essi siansi rimasti silenziosi, non vi sarà nullità, come in materia civile.

533. Noi seguiremo l' andamento stabilito dal codice di procedura per questa specie di falso; vedremo poscia come possa farsi cadere, in materia criminale, la fede di un atto autentico,

Digitized by Google

il che vien chiamato *falso incidente criminale*. Del resto, noi parleremo per ora dei soli atti autentici; ma l'iscrizione in falso, come vedremo, è ugualmente applicabile alle scritture private.

Prima Divisione.

Falso civile.

534. I redattori del codice di procedura hanno preso in prestito dall'ordinanza del 1737 il sistema complicato da loro organizzato in materia d'iscrizione in falso. Essi però vi hanno, come vedremo, introdotto dei miglioramenti importanti, che erano necessarii per mettere questo sistema in armonia coi cambiamenti operati nella legislazione.

535. Sembra che siasi espressamente ingombrato di difficoltà l'andamento di questa procedura, onde meglio proteggere la fede degli atti autentici. Sebbene la legge attuale abbia soppresso qualche ostacolo, quelli che tuttora esistono sono sufficientemente gravi e moltiplicati per fare sovente retrocedere i litiganti che vorrebbero inoltrarsi per questa via. Nella pratica, le domande per inscrizione sono molto difficilmente accolte, e più difficilmente ancora giungono ad un risultamento favorevole per l'attore; ma gli stessi ostacoli di che la legge ha circondato quest'azione, sono importanti a studiarsi, come sanzione della fede degli atti. Senza obbligarci a percorrere minuziosamente tutte le difficoltà di dettaglio che contiene la procedura del falso, noi ci applicheremo a seguirne con accuratezza le diverse fasi, in quello che offrono di più interessante.

536. Ordinariamente, quando una parte domanda di apprestar la pruova di taluni fatti, ha luogo una sola sentenza interlocutoria, che pronunzia sull'ammessibilità di tali fatti; e che delega i poteri del tribunale ad un giudice commessario. Costui non rimette la causa nelle mani del tribunale, se non quando le sue operazioni siano completamente ridotte a termine. Tale è l'andamento che noi abbiamo veduto adottarsi nelle perizie e negli esami testimoniali, e che ritroveremo ancora in materia di verificazione di scritture. In materia di falso, il legislatore procede d'una maniera molto più complicata. La prima sentenza interlocutoria, che ammette la querela di falso e nomina un giudice commessario, non isveste il tribunale. È necessaria una seconda interlocutoria per istatuire sull'ammessione dei mezzi di falso; procedesi in seguito all'istruzione del falso innanzi al giudice commessario: finalmente il tribunale profferisce la sua sentenza diffinitiva.

Vedesi bene che vi sono tre stadii successivi, terminati ciascuno da una sentenza:

1° Procedimento ond'essere ammessa la querela di falso;

2° Procedimento ond'essere ammessa la pruova dei mezzi di falso;

3° Procedimento ond'essere dichiarata l'esistenza del falso.

Dopo avere percorso questi tre periodi, noi parleremo, in quarto luogo, del risultato finale del procedimento, sia che esso abbia termine con una sentenza diffinitiva, sia che finisca con una transazione.

§ 1. *Procedimento ond'essere ammessa la querela di falso.*

537. Una quistione preliminare, di cui la soluzione negativa dovrebbe determinare il tribunale a respingere di lancio l'inscrizione in falso, qualunque siasi la verosimiglianza dei fatti allegati, si è quella che consiste

Digitized by Google

nel sapere quali atti possono essere impugnati con questa via.

E d'uopo riconoscere che tutti gli atti pubblici (noi non parliamo per ora degli atti privati), qualunque siasi l'autorità da cui provengono, possono essere impugnati di falso. Così il parlamento di Parigi ammise, a 7 dicembre 1740, l'inscrizione in falso contro la minuta di una decisione, malgrado gli sforzi di Cochin, il quale pretendeva « che non vi sa« rebbe più asilo per gli uomini se « la tempesta dominasse anche nel « porto. » Quanto maggiore è l'importanza dell'atto tanto più interessa metterlo al coverto dalla falsificazione. La corte di cassazione si pronunziò in questo senso, a 13 giugno 1838 [1].

Noi respingeremo con maggior ragione l'opinione di antichi dottori, che pretendevano che non potevasi attaccare di falso un documento che avesse cento anni di data, opinione contradetta formalmente dagli articoli 448-512 e 488-552 del codice di procedura, i quali fanno correre i termini dell'appello e del ricorso per ritrattazione, quando trattisi di falso, dal giorno in cui questo è stato scoverto, senza occuparsi del giorno della data dell'atto.

538. La fede che si attribuisce all'atto in forma autentica riposa, come abbiamo osservato al numero 385, sopra due presunzioni: 1° che l'atto che presenta le apparenze dell'autenticità è realmente l'opera di un uffiziale pubblico, e non ha alcuna materiale alterazione; 2° che quest'uffiziale non ha per nulla prevaricato nell'esercizio delle sue funzioni. Quando l'inscrizione in falso ha luogo contro la prima di queste presunzioni, l'atto è impugnato di *falso materiale*; quando l'inscrizione in falso ha luogo contro la seconda, l'atto è attaccato di *falso morale*. Noi vedremo che questa distinzione non è senza interesse relativamente al cammino della procedura.

539. L'inscrizione può aver luogo in qualunque stato della causa, in appello non meno che in prima istanza, e sinanco innanzi la corte di cassazione. Purnondimeno innanzi quest'ultima corte non sarebbe ammessibile l'attacco contro documenti che avrebbero potuto impugnarsi con questo mezzo dinanzi ai tribunali di merito; in caso diverso l'ordine delle giurisdizioni si troverebbe invertito (2) (*). Ma vi sono taluni documenti i quali, di natura loro, non possono essere prodotti se non dinanzi la corte regolatrice, e relativamente ai quali non si potrebbe interdire di ammettere l'inscrizione in falso, a meno che non si voglia rendere impossibile qualunque procedura civile contro falsità di questa natura. Sono queste precisamente le spedizioni o le minute delle decisioni impugnate; se questi documenti importanti non potessero impugnarsi colla via del

(1) Tuttavia l'arresto soggiunge « che « una iscrizione di falso incidente contro « una menzione di arresto conforme al fo« glio di udienza, non dev'essere dichia« rata ammessibile che con estrema riser« va, perciocchè sarebbe troppo pericoloso « far dipendere da reminiscenze lontane, « incerte e fugaci, l'autorità e la fede do« vute agli arresti rivestiti di tutte le for« malità volute dalla legge.»

(2) Rigetto del 31 dicembre 1812 e 31 maggio 1831.

(*). Questa opinione è adottata da Chauveau, sopra Carré, Q. 863, 2°; Favard, tomo II, pag. 560; Merlin, *Repertorio*, tomo VI, pag. 144; Dalloz, tomo VIII, pag. 471; Pigeau, *Commentario*, tomo I, pag. 448; ed è stata sanzionata dai seguenti arresti della corte di cassazione, 29 fruttidoro anno IV, 29 luglio 1807, 26 maggio 1812, 7 dicembre 1818, e 15 luglio 1833. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

falso, le nullità più gravi potrebbero coprirsi posteriormente, colla menzione che farebbe il cancelliere dell'adempimento di formalità precedentemente omesse (1) (*). Ma la corte, quand'anche ammetta l'inscrizione, delega ad un tribunale d'un rango uguale a quello che ha profferito la decisione impugnata, l'istruzione del falso, il quale non entra nelle attribuzioni ordinarie di questa corte [2]. Così parimenti procede il consiglio di Stato in simile occasione, ai termini dell'articolo 20 del decreto del 22 luglio 1806. Però il consiglio di Stato non può far altro che rimandare ad un tribunale competente, senza avere giammai, come la corte di cassazione, la facoltà di designare un tribunale determinato.

540. Il testo del codice di procedura [articolo 214-309] suppone che il documento contro del quale chiedesi l'inscrizione in falso, comparisca nel corso di un' istanza principale, nella quale esso sia notificato da un usciere ministeriale, *comunicato* mediante ricevuta o per mezzo di deposito alla cancelleria (*ibidem*. articolo 189-283] o *prodotto*, cioè adoperato contro l' avversario, senza precedente notificazione o ricevuta, per esempio, in una difesa.

È permesso però, come l'ha riconosciuto la corte di cassazione nei motivi dell' arresto del 25 giugno 1845 (3), adire la giurisdizione civile con una domanda principale di falso. Si dovrà in tal caso (4) dar principio alla procedura con una citazione, che starà in vece dell'atto di patrocinatore a patrocinatore, prescritto dall'articolo 215-310 del codice di procedura pel caso di falso incidente. Nondimeno, siccome le opinioni sono divise sull'ammessibilità del falso principale criminale, la prudenza consiglia di seguirsi nella pratica la strada tracciata dal signor Thomine Desmazures, secondo il sistema delle azioni provocatorie (5), per fare rientrare il falso principale nel falso incidente. Questo metodo consiste nel citare colui che si suppone detentore di un falso documento onde dichiarare che egli non possiede alcun titolo contro l' attore [6]. Se la dichiarazione vien fatta, non havvi più alcun pericolo: se l' atto è prodotto, si prende la via del falso incidente. Egli è vero che il convenuto può non produrre il documento e non fare neanco la dichiarazione, e che in tal caso se non è possibile avere nelle mani il documento, la procedura non condurrà ad alcun risultato importante. Ma quest'inconveniente è inevitabile, esso potrebbe anche aver luogo se io intentassi l'azione di falso principale. Ad ogni modo la procedura non è inutile; poichè se il convenuto produce in prosieguo i documenti che io aveva attaccato di falsità, il di lui rifiuto di comunicarli sarà una presunzione gravissima dell'esistenza del falso.

Può avvenire finalmente che un documento falso sia adoperato fuori giudizio. Così, una sentenza falsa può essere notificata [7], e servire

(1) Cassazione, 13 giugno 1838 e 13 maggio 1840.

(*) Cassazione, 7 dicembre 1818, 27 luglio 1807, 25 giugno 1825, 12 agosto 1829, 21 giugno 1840 (tomo 1, 1841, pagina 32), e 15 luglio 1833. — *Il Traduttore*.

(2) Vedi il regolamento del 1738, parte II, titolo X, articolo 4.

(3) Vedi il numero 527.

(4) Rennes, 19 dicembre 1815.

(5) Vedi i numeri 206 e 207.

(6) Vedi il *Commentario sul codice di procedura*, numero 253.

(7) Così fu notificata ai Gesuiti di Parigi, li 3 marzo 1759, un falso arresto del consiglio di Stato, portante condanna solidale dei membri della società ad otto milioni

Digitized by Google

di base a procedure stragiudiziali, val quanto dire ad atti di esecuzione forzosa. In tal caso è ben chiaro che non potrebbe procedersi con atto di patrocinatore e patrocinatore, come lo suppone l'articolo 214-309. È d'uopo allora chiedersi la nullità delle procedure, e, quando la parte avversa produce un titolo, procedere contro di lei secondo le forme prescritte pel falso incidente.

541. Ritorniamo ora all'andamento seguito dal codice di procedura, che sarà lo stesso pel falso principale e pel falso incidente, quando siasi introdotta l'istanza per mezzo di una citazione e per una costituzione di patrocinatore dalla parte del convenuto.

542. La posizione di colui che fa scientemente uso di un documento falso è così grave, poichè egli s'espone a subire la pena dei lavori forzosi a tempo (codice penale articolo 148), [*], che conviene, sin dall' inizio della procedura, d'intimarlo a dichiararben positivamente se egli intende servirsi del documento impugnato di falso. Questa intima si fa nell'atto stesso che indica l'intenzione d'inscriversi in falso quando vogliasi fare uso del documento (codice di procedura articolo 215-310). Quest'avvertimento essenziale è in armonia con quello che si pratica, quando intimasi egualmente al convenuto nella pruova testimoniale di confessare o di negare i fatti sui quali sia stata provocata la pruova medesima.

543. Fra il termine di otto giorni [*ibid.* articolo 216-311], la parte intimata deve fare la dichiarazione richiesta, la quale, essendo troppo importante perchè la si possa comprendere nel mandato generale del patrocinatore, dev'essere firmata da lei, o da persona munita di sua procura speciale ed autentica, persona che può del resto essere lo stesso patrocinatore. Non si mette in dubio, malgrado il silenzio della legge, che questo termine di otto giorni debba essere aumentato per ragione delle distanze; noi abbiamo osservato [1] che decidesi lo stesso per l'esame testimoniale, in cui la parte rimane puramente passiva, e quindi deve a ragion più forte avvenire lo stesso quando essa sia chiamata a fare una dichiarazione interamente personale [**]. La giurisprudenza ha del pari ammesso, dopo qualche esitazione, che questo termine di otto giorni non è fatale, e che secondo la pratica generalmente ricevuta nei casi in cui la legge prescrive un termine senza aggiungere *a pena di nullità*, può proseguirsi il giudizio dopo spirati gli otto giorni, ma che il convenuto ha sempre tempo di fare la sua dichiarazione, finchè non siasi pronunziato il rigetto del documento [2] (***).

544. Se il convenuto non fa questa dichiarazione, o dichiara che non

di lire (*Clemente* XIV, *ed i Gesuiti* per Cretineau, p. 87).

(*) La pena stabilita dall' articolo 292 delle nostre leggi penali contro colui che faccia scientemente uso di una carta falsa è la rilegazione, se l'atto falso è autentico; è il terzo grado di prigionia, se l'atto falso è privato. — *Il Traduttore.*

(1) V. numero 213.

(**) Thomine, t. 1, pag. 389; Dalloz, t. 8, pag. 384; Pigeau, *Comment.* tom. 1, pag. 454; Carré, *procedura*, art. 516, Q. 872; Chauveau, *ibid.*; Bordeaux, 9 agosto 1828; Grenoble 18 agosto 1821; Besancon, 3 agosto 1825; *Contra*: Favard tomo II. pag. 160. — *Il Traduttore.*

(2) Rigetto del 24 genaajo 1842.

(***) Chauveau, note sopra Carré, articolo 216, q. 873; Boncenne tomo IV, pag. 60; Duvergier, citato da Chauveau, *ibid.*; Cassazione 5 aprile 1813; Nimes, 20 maggio 1829; Rouen, 5 dicembre 1829; Colmar, 4 agosto 1833. *Contra*: Carré art. 216, q. 873; Rennes 9 agosto 1809, e 28 novembre 1814. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

vuol servirsi del documento [*ibid.*, articolo 217-312], il documento è rigettato; tuttavia il legislatore ha cura di aggiungere che il rigetto ha luogo solamente *per quanto riguarda l'interesse del reo*, cioè per l'uso che costui pretendesse farne; ma il documento rimane nella produzione nell'interesse dell'attore, il quale può trarne quelle conseguenze che crederà opportune, e formare quelle dimande di danni ed interessi che giudicherà essergli dovuti. È parimenti fuor di dubio che il procedimento criminale di falso, se ne sia il caso, rimane integro, quand'anche l'abbandono del documento non fosse stato cagionato dal timore, ma dal pentimento. Agli occhi del legislatore civile, non si è mai ritenuto che il pentimento faccia sparire la colpa.

545. Se, all'incontro, il convenuto dichiara di volersi servire del documento [*ibid.*, articolo 218-213], l'attore protesterà in cancelleria con un atto che dev'essere, come la dichiarazione della parte avversa, firmato da lui medesimo o da persona munita di sua procura speciale ed autentica. Quindi insisterà per l'udienza, ad effetto di fare ammettere la querela di falso, e far nominare il giudice commessario.

546. Sebbene l'attore non abbia ancora proposto i suoi mezzi, ammettevasi altravolta e riconoscesi anche oggi che il tribunale ha la facoltà di rigettare *de plano* la querela di falso. Il sistema contrario darebbe luogo agli abusi più gravi, poichè esso permetterebbe di attraversare l'esecuzione degli atti più regolari col mezzo di una inscrizione di cui i tribunali non potrebbero arrestare gli effetti (1). Sempre poco poclive alle domande d'inscrizione in falso, considerate come un'arma pericolosa nelle mani del cavillo, la giurisprudenza spingesi più oltre ancora. Essa ammette (2) che il tribunale possa progredire innanzi, quando creda l'allegazione di falso sfornita di fondamento, senza tener conto dell'intima fatta da una delle parti al suo avversario di dichiarare se egli intenda servirsi del documento e senza aspettare neanco lo spirare del termine degli otto giorni a datare dall'intima. Questa decisione, la quale a primo aspetto sembra esagerata, si giustifica facilmente quando si volga uno sguardo alla parte storica della materia.

Sotto l'ordinanza del 1737, il primo passo che prescrivevasi all'attore si era quello di farsi autorizzare per l'inscrizione. Da ciò scorgesi chiaramente che il giudice aveva sempre la facoltà di arrestare il procedimento sin dai primi passi. I redattori del codice di procedura opinarono con ragione che non dovevasi richiedere alcuna autorizzazione prima dell'intima diretta al detentore del falso documento, perciocchè la giustizia non dev'essere chiamata a statuire se non quando siavi effettivamente interesse, cioè opposizione dalla parte del convenuto. Ma, dall'avere essi dispensato l'attore dal presentare da principio una domanda che poteva in sostanza non avere alcuna utilità non ne segue per nulla che essi abbiano voluto togliere al giudice la facoltà che egli ha sempre di passare innanzi, quando il reclamo incidente gli sembri mal fondato. Altro è la facoltà concessa alla parte di dirigere *de plano* un'intima all'avversario; altro la sospensione forzosa dell'istanza principale per effetto di tale intima; sospensione che la legge non ha in nessun luogo pronunziata.

547. Il codice di procedura ha sop-

(1) Paragonate il numero 559.
(2) Rigetto del 9 luglio 1839 e del 1 aprile 1844.

Digitized by Google

presso un altro ostacolo che esisteva per l'attore sotto l'ordinanza del 1737: la necessità di depositare preventivamente la multa, alla quale può essere condannato. « Perchè mai « pagare anticipatamente, dice il si- « gnor Treilhard nell'esposizione dei « motivi, per usare di un mezzo ap- « provato dalla legge? » Questa osservazione è giusta: ma allora, per essere conseguenti, non si dovrebbe neppure esigere un deposito preventivo dalle parti che adoperano le vie legali dell'appello, del ricorso per ritrattazione, e del ricorso per annullamento.

548. La sentenza che ammette o rigetta l'inscrizione, deve, al pari di tutte quelle che profferisconsi in questa materia, essere resa sulle conclusioni del pubblico ministero [codice di procedura articolo 251-346].

§ 2. *Procedura ond'essere ammessa la pruova dei mezzi di falso.*

549. Ammettere l'attore ad inscriversi in falso non vuol dire peranco ammetterlo alla pruova del falso. È d'uopo che un procedimento preliminare, diretto dal giudice commessario, ne renda verosimile l'esistenza. Havvi qui qualche cosa di analogo all'istruzione preparatoria, nelle cause di alto criminale, che finisce con un arresto di sottoposizione ad accusa o con una decisione di non esservi luogo a procedimento penale. Questo si spiega per l'intima connessione che esisteva, sotto l'impero dell'ordinanza del 1737, di cui il codice di procedura ha riprodotto la sostanza, tra la procedura civile e la procedura criminale di falso. Il documento è *accusato di falso*, diceva Pothier [1].

Per preparare e per rischiarare la decisione del tribunale, la legge prescrive parecchie operazioni adatte allo scopo che si vuole ottenere. Prendonsi dapprima delle misure per ottenere la presentazione del documento, il quale è, in certo modo, il corpo del delitto: se ne comprova lo stato per mezzo di un processo verbale, al quale vengon chiamati gl'interessati: finalmente il tribunale statuisce sull'ammessibilità o sul rigetto di questi mezzi.

550. Il deposito in cancelleria del documento impugnato di falso deve farsi dal reo entro i tre giorni dalla notificazione della sentenza che ammette la querela di falso, e denunziato nei tre giorni susseguenti all'attore, colla notificazione dell'atto di deposito in cancelleria (codice di procedura articolo 219-314).

Questi due termini non sono capaci d'aumento per ragione delle distanze, come quello che è accordato al reo per dichiarare se egli intende o no servirsi del documento. E di vero, non si tratta più di un'intima interamente personale, ma semplicemente dell'esibizione di un documento che dev'essere nelle mani del patrocinatore del reo, ovvero di una semplice notificazione che si fa sempre da patrocinatore a patrocinatore (*). Nondimeno è parimente certo che la scadenza del termine non porta seco decadenza, sinchè non siasi pronunziato il rigetto del documento [**]. So-

(1) Procedura civile, capo VI, § 5.

(*) Uniformi: Thomine, tomo 1, pag. 392; Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pag. 456; Dalloz, tomo VIII, pag. 435; Carré, *Procedura*, q. 891, e Chauveau, *ibidem*. —*Il Traduttore*.

(**) Uniformi: Carré, *Procedura*, q. 892; Chauveau, *ibid.*; Dalloz, tomo VIII, pag. 435; Favard, tome II, pag. 561; Hautefeuille, pag. 139; Coffinières, art. 219; Parigi, 4 agosto 1809, e 14 febrajo 1825. Thomine, tomo 1, pag. 393, e Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pag. 457, riservano ai giudici il dritto di pronunziare o

Digitized by Google

lamente, l' attore ha dritto di far eseguire il deposito in cancelleria, a spese del convenuto. Non è più il tempo per costui, come osserva benissimo l'oratore del tribunato, di rimettersi nella posizione in cui era prima della sua dichiarazione; è d' uopo che il giudizio prosegua, quando l'attore lo richieda. Tuttavia il deposito non può essere ordinato se non quando esista nelle sue mani una copia del documento, ovvero che una terza persona possegga o una copia o l' originale; perciocchè, in mancanza di ciò, non potrebbesi, in materia civile, fare ordinare una perquisizione presso l' avversario onde rinvenire il documento. In tal caso non vi sarebbe altro espediente che la domanda di rigetto.

551. Quando trattasi di un documento del quale esista minuta, il che avviene quasi sempre per gli atti autentici di che ora ci occupiamo, l'esibizione dell'originale sembra necessaria, perciocchè, nell'esistenza di esso, da esso solo bisogna trarsi la prouva [codice civile articolo 1334-1288]. Ma, l'ordinanza del 1737, seguita in questo punto dal codice di procedura [articolo 221-316 e 222-317], lasciò al tribunale la facoltà di statuire secondo le circostanze. L' originale può trovarsi ad una distanza molto lontana; l'alterazione allegata può essere di tal natura da cadere unicamente sulla copia. Quando l' esibizione è ordinata, i depositarii dell'originale, funzionarii pubblici o semplici particolari, possono essere costretti, anche coll'arresto personale, all'esibizione entro un termine fissato dal giudice commessario o dal tribunale, secondo che l'uno o l'altro sia stato investito della quistione.

552. Rimesso il documento in cancelleria, bisogna procedere in contradizione a verificare lo stato, entro un breve termine. Qualora sia il convenuto che abbia fatto eseguire il rilascio del documento, come avviene ordinariamente, egli deve, nell'atto stesso di notificazione del rilascio in cancelleria, citare l'attore ad esser presente al processo verbale dello stato del documento, ed il processo verbale dev'essere steso tre giorni dopo questa citazione. Questa operazione ha luogo entro i tre giorni dal rilascio, fatta preventivamente intima al convenuto, quando sia l' attore che ha eseguito il deposito (codice di procedura articolo 225-320). L'esperienza ha fatto conoscere l'utilità di questi brevi termini, i quali esistevano anche sotto l' impero dell'ordinanza del 1737. È importante non perder tempo, quando trattisi di verificare i vizii di un documento, di cui la distruzione può essere di un gravissimo interesse per colui che è dal medesimo compromesso.

Il processo verbale è redatto dal giudice commessario, in presenza del pubblico ministero, dell' attore e del convenuto (*ibidem*, articolo 227-322). Non potrebbesi a sufficienza raccomandare a questo giudice, non meno che al cancelliere, di non perdere di vista il documento che è l'oggetto della lite. In una specie che diè luogo ad un arresto del parlamento di Parigi del 17 marzo 1768, un biglietto impugnato di falso fu destramente sottratto al cancelliere, ed inghiottito dalla parte alla quale il biglietto poteva nuocere. I giudici

di ricusare il decadimento, ancorchè il documento sia stato depositato dopo che l'attore abbia insistito per l' udienza. Chauveau, note sopra Carré, q. 892, adotta quest' opinione; essa è consagrata dalla giurisprudenza: cassazione, 2 febrajo 1826; Rouen, 5 dicembre 1829 — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

si vendicarono pronunziando contro di esso la pena dei lavori forzati a tempo, ma sarebbe stato meglio conservare più accuratamente il biglietto.

Il processo verbale deve indicare e descrivere le cancellature, le aggiunte e lo scritto interlineare. Boncenne aggiunge che debbesi entrare in più minuti dettagli, e notare i punti in cui la scrittura si restringe e quelli in cui si allarga, le differenti tinte dell' inchiostro, le alterazioni della carta, i tagli, le lacerazioni, le traccie del raschiatojo, ec. Non si deve trascurare alcuna di quelle cose che possono mettere sulla traccia del falso.

553. Del resto, è interessante osservare che tutta questa parte della procedura, dalla sentenza che ammette la querela sino alla notificazione dei mezzi, sembra riferirsi unicamente all'ipotesi di un falso materiale. Quando le parti sono d'accordo sul tenore dell'atto, il quale non ha subito alterazione di sorta, e che la difficoltà cade unicamente sopra un falso morale, perchè dovrebbe eseguirsi il deposito del documento nella cancelleria? Perchè stendere processo verbale del suo stato, che non è posto in quistione?

554. Otto giorni dopo la confessione del processo verbale, quando siasene steso, in caso diverso, otto giorno dopo la notificazione della sentenza di ammessione, l'attore deve notificare i suoi motivi, ed il convenuto deve rispondere entro un termine che è anch'esso di otto giorni [*]. Tre giorni dopo le risposte, la parte più diligente potrà domandare l'udienza [*ibidem*, articolo 229-324 e 231-326]. L' udienza può del pari essere domandata allo spirare dei primi otto giorni, quando non siavi stata notificazione da parte dell'attore onde farlo dichiarare decaduto dalla proposta querela; ovvero, all'incontro, allo spirare dei secondi otto giorni senza risposta da parte del convenuto, onde far pronunziare il rigetto del documento. Quest' ultima decisione deroga alle regole ordinarie, le quali permettono alla parte alla quale s'intimano delle scritture, di astenersi dal rispondere, se essa lo crede conveniente [*ibidem*, articolo 80-173]. Le quistioni di falso offrono una tale gravità che si è voluto mettere il convenuto nella necessità di giustificarsi, a pena di rigetto immediato del documento. I motivi che sorreggono o combattono la domanda, debbono essere sviluppati da entrambe le parti, affinchè il tribunale possa profferire con cognizione di causa la sentenza interlocutoria che pon fine al secondo stadio della lite.

555. Bisogna notare che quest'ultima parte della procedura fu interamente rifatta. Nel sistema dell'ordinanza del 1737 (1), i motivi del falso dovevano depositarsi in cancelleria, e non doveva rilasciarsene nè copia, nè comunicazione, al convenuto. Era questo un vestigio del carattere criminale che aveva da principio l'istruzione del falso; sebbene le conclusioni fossero state unicamente dirette in linea civile, seguivansi le tracce della giustizia penale di quell' epoca, la quale, temendo che l'accusato non avesse avuto so-

(*) Questo termine non è fatale; quindi l'attore, sinchè il tribunale non vi abbia pronunziato, può notificare motivi di falso. Carré, sull' art. 229; q. 908 *bis*; Chauveau, *ibidem*; Dalloz, tomo VIII, pag. 436, num. 18; Thomine, tomo 1, pag. 409; Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pag. 462; Bourges, 23 febrajo 1819; Nimes, 24 marzo 1822.—*Il Traduttore.*

(1) Titolo II, articoli 27 e 28.

Digitized by Google

verchia facilità per preparare una difesa mendace, gli ricusava qualsivoglia comunicazione dei motivi addotti a carico di lui. Una doppia ragione doveva fare rigettare oggi siffatto sistema; dapprima, il falso civile è oggi completamente distinto dal falso criminale; in secondo luogo, il nostro sistema d'istruzione criminale è ben lontano dal poggiare sulle medesime basi di quello che esisteva nel 1737.

556. Per ritornare ai motivi di falso, essi saranno generalmente facili a precisarsi, quando si tratterà di falso materiale. Si rileveranno i segni esterni che ne addimostrano l'esistenza d'una maniera più o meno evidente. Quando, per l'opposto, trattisi di un falso morale, sarà egli permesso considerare come motivo sufficiente di falso la semplice denegazione dei fatti attestati dall'uffiziale pubblico, salvo a provarne ulteriormente la falsità?

Se questa pretesa fosse fondata, la querela di falso non sarebbe che la somministrazione della pruova contraria, soggetta solamente a taluni ostacoli di più. Ma allora, perchè richiedere l'articolazione dei motivi? Perchè si possano sollevare dei dubii sulla veracità di un uffiziale pubblico, lo spirito della legge richiede che si articolino fatti contrarii a quelli enunciati nell'atto, per esempio, un *alibi*, quando vogliasi negare la presenza delle parti, in opposizione alla fede di un atto autentico. Quindi l'articolo 229-324 del codice di procedura prescrive che l'atto che notifica i motivi, esponga i *fatti*, *le circostanze e le pruove*, per mezzo delle quali intendesi verificare la falsità. Se bastasse una semplice mentita data alle asserzioni dell'uffiziale dall'attore in falso, qual'atto potrebbe sfuggire agli attacchi di un litigante impudente, risoluto a negar tutto con una sfrontata energia?

Si è di conseguenza deciso, uniformemente alle conclusioni di Merlin (1), da un arresto di cassazione del 18 febrajo 1813, che questo non è un punto abbandonato al potere prudenziale dei tribunali, e che le loro sentenze debbono essere annullate, quando essi ammettono come motivo sufficiente di falso la denegazione pura e semplice di fatti autenticamente comprovati. Numerosi arresti posteriori hanno confermato questa giurisprudenza (*).

§ 3. *Procedura tendente alla pruova del falso.*

557. La sentenza, profferita sulle conclusioni del pubblico ministero, che ammette l'attore alla pruova del falso, deve determinare come si debba fare questa pruova, e su quali punti essa debba versare.

La pruova si fa per mezzo di titoli quando si dimostra la falsità dell'atto per mezzo di altri atti, di cui la sincerità sia inoppugnabile, e che stabiliscano dei fatti incompatibili colla verità delle allegazioni contenute nel documento impugnato come falso. Essa si fa per mezzo d'una pruova testimoniale, quando si ascoltino testimonii che dichiarino avere assistito alla confezione o all'alterazione della scrittura, se si tratti di

(1) Vedi il Repertorio, v. *Motivi di falso*.

(*) Giurisprudenza costante: Parigi, 14 marzo 1810; Riom, 27 agosto 1810; Rennes, 1 giugno 1818; Bruxelles, 20 febrajo 1820; cassazione, 17 dicembre 1818, e 31 gennajo 1825; Bordeaux, 18 dicembre 1821; Tolosa, 13 dicembre 1831; Bourges, 16 aprile 1832; Agen, 31 agosto 1837 (*Jour. du Pal.*, tomo 2, 1838, pag. 649); Chauveau, sopra Carré, q. 910.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

un falso materiale, o sapere per iscienza certa che i fatti sono avvenuti in modo diverso da quello riferito nell'atto, quando trattisi di un falso morale. Finalmente, la pruova si fa per mezzo di periti quando chiamansi persone versate nella conoscenza delle scritture a dare l'avviso loro sopra le induzioni che possono cavarsi dallo stato materiale del documento.

558. Questi tre modi di pruova non possono sempre cumularsi. È chiaro, per esempio, che la perizia non è di alcuna utilità, quando si tratti di un falso morale. I testimonii, e principalmente i terzi, possono non esistere nella specie. Ma, quando il cumulo delle pruove indicate dalla legge è possibile, il tribunale è esso obbligato ad ordinarle congiuntamente?

La negativa era certa sotto l'ordinanza del 1737 [1], la quale, dopo avere indicato le tre specie d'informazioni, aggiugneva: *il tutto a norma di quello che il caso richiederà.* Sebbene quest' aggiunta non si ritrovi nel codice di procedura (articolo 232-327), non v'ha cosa che indichi che essa sia stata omessa a ragion veduta; se un solo modo di verificare basta per raggiungere completamente lo scopo; se, per esempio, un titolo di un'autenticità incontrastabile dimostra chiaramente la falsità di quello impugnato, non si vede perchè dovrebbesi obbligare il tribunale a moltiplicare inutilmente i mezzi d'investigazione. La corte di cassazione si è molte volte pronunziata in questo senso [2] (*).

559. Domandasi parimenti se sia sempre necessario ordinare una verificazione nelle forme, e se sia vietato ai giudici ammettere *de plano* la querela di falso, come essi possono incontrastabilmente rigettarla [numero 546]. Non potrebbe esservi alcun dubio di rilievo relativamente al falso materiale. Sonosi osservate sovente nella pratica delle aggiunte e delle alterazioni talmente evidenti che sarebbe stato veramente inutile ordinare una pruova testimoniale. Costante nell' antica giurisprudenza [3], questa teorica è stata consagrata da numerosi arresti nell'attuale dritto (5). Ma contrastasi ai tribunali il potere prudenziale di ammettere *de plano* l' esistenza del falso morale, il quale non si manifesta con segni così apparenti, e tende a distruggere la fede dovuta agli uffiziali pubblici. Così un arresto della corte di Agen del 3 marzo 1846 decise che non potevasi, senza prendere la via dell' inscrizione in falso, impugnare la realtà di un pagamento che il notajo dichiarava essere stato eseguito in sua presenza [5]. Però, nella specie, non altro opponevansi alle enunciazioni dell'attonotarile che delle denegazioni più o meno sospette.

Ma esistono taluni casi nei quali il falso, anche morale, può risultare con evidenza dagli elementi della

(1) Titolo II, articolo 30.

(2) Vedi gli arresti del 25 marzo 1835 e delli 11 marzo 1840.

(*) Vedi pure nello stesso senso cassazione, 29 luglio 1807, e 17 maggio 1830; Thomine, tomo 1, pag. 409; Chauveau, sopra Carré, q. 919. Carré, *ib.*, opina che i tre generi di pruova debbano cumularsi, quando trattasi di falso materiale.—*Il Traduttore.*

(3) Vedi Merlin, *Quistioni di dritto*, v. *Inscrizione in falso*, § 1, mnn. 1.

(4) Vedi principalmente il rigetto del 22 gennajo 1833.

(5) Avrebbesi dovuto evidentemente autorizzare la pruova contraria, se si fosse trattato di un fatto di cui il notajo non avesse avuto conoscenza *propriis sensibus* (num. 434).

Digitized by Google

causa, come è stato parecchie volte deciso dalla corte di cassazione, principalmente in occasione di un testamento firmato da un testimonio il quale, giusta le indicazioni stesse dell'atto, non aveva assistito alla sua recezione [1]. In tesi generale quindi, non esiste differenza tra il falso morale ed il falso materiale, salvo ai giudici di usare con maggiore sobrietà del potere prudenziale, relativamente a quest'ultimo.

560. La stessa sentenza [*ibid.*, articolo 233-328] che statuisce sulla natura delle pruove da somministrarsi, enuncia nel suo dispositivo i motivi di falso giudicati ammessibili [2], i soli su' quali debba versare la pruova. Questa restrizione era talmente di rigore sotto l'impero dell'ordinanza del 1670, che i periti, quando scorgevano nelle scritture sottoposte al loro esame qualche vizio materiale, che non corrispondeva ai motivi di falso enunciati, non osavano farne menzione nel loro rapporto, per timore che non si fosse proceduto colla via della presa a parte contro di loro, per essersi allontanati dall' incarico loro affidato. Per ovviare a quest' abuso, l'ordinanza del 1737 arrecò al principio restrittivo della pruova una modificazione, che ritrovasi, nell'articolo 233-328 del codice di procedura: « Ciò non ostante i periti po« tran fare sui documenti impugnati « come falsi quelle osservazioni di« pendenti dalla loro arte, che essi « giudicheranno opportune; salva ai « giudici la facoltà di farne quel « conto che sarà di ragione. »

561. Ordinariamente anche questa medesima sentenza è quella che sospende l'esecuzione dell'atto, ai termini dell'articolo 1319-1273 del codice civile.

562. Ritorniamo ora sopra ciascuna delle tre pruove indicate dalla legge.

563. La pruova per mezzo di titoli è estremamente semplice. Quando atti non sospetti stabiliscono un fatto che distrugge completamente la verità delle allegazioni dell' uffiziale pubblico, come un *alibi*, la falsità è dimostrata nella maniera la più palpabile. Così le enunciazioni di un atto di nascita (3) furono vittoriosamente contradette dal tenore di un atto di matrimonio non impugnato [4]. La somministrazione di questa pruova non dà luogo ad alcuna difficoltà. Solamente, i titoli prodotti in sostegno della domanda di falso, possono essi medesimi essere impugnati colla via dell'inscrizione in falso, in quella guisa che i testimonii intesi per sostenere una ripulsa, possono essi medesimi essere ripulsati. I dubii annunciati da taluni scrittori sull'ammessibilità di questa incidente querela di falso, a ragione della complicazione che ne risulta nella procedura, non possono prevalere contro il testo generale (codice di procedura articolo 214-309), che permette l' inscrizione in falso contro qualsiasi documento prodotto nel corso di un giudizio. L'interesse della celerità è grave certamente, ma non debbesi ad essa sagrificare quello della verità.

564. La pruova testimoniale può

(1) Rigetto del 10 aprile 1838.

(2) Il testo dice *pertinenti ed ammessibili*, ma noi abbiamo veduto che la prima di queste due condizioni è compresa nella seconda.

(3) Bisogna supporre, secondo la nostra opinione, un fatto attestato *de visu et auditu* dall'uffiziale dello stato civile; in caso diverso non vi sarebbe più difficoltà, perciocchè l'atto non farebbe fede sino all'inscrizione in falso (numero 452 e seguenti).

(4) Arresto di annullamento del 13 dicembre 1842.

Digitized by Google

versare sul fatto stesso del falso materiale, o del falso morale; essa può anche versare, come la pruova per mezzo di titoli, sopra fatti che possono servire alla scoverta della verità. La legge lo dice specialmente per la verificazione di scritture (*ibidem*, articolo 211-305); nè si vede perchè debba non avvenire lo stesso in materia di falso.

Ciò non ostante, sebbene il testo non faccia alcuna distinzione, si è qualche volta dubitato dell'ammessibilità dei testimonii, quando trattasi di un falso morale. Si teme che sia questo un mezzo indiretto di eludere la legge che vieta di provare contro ed oltre il contenuto negli atti (codice civile articolo 1341-1295). Non importa questo, si dice, preferire la testimonianza di semplici particolari, che offrono sovente poche guarentigie, a quella di uffiziali istituiti dalla legge per la comprovazione dei fatti giuridici?

Ma, sebbene sostenute dal pubblico ministero, queste considerazioni non prevalsero innanzi la corte di cassazione, la quale, a 29 luglio 1807, ricusò di ammettere questa distinzione. Quando la legge vieta di ricevere la pruova testimoniale contro il contenuto negli atti, essa non intende parlare che della pruova contraria che si volesse somministrare *de plano*, ma non mai della querela di falso, estremo rifugio sempre riservato contro la prevaricazione degli uffiziali pubblici. E come potrebbe questa prevaricazione, salvi alcuni casi eccezionali, essere provata per iscritto? Non trattasi evidentemente che di un fatto fraudolento, e la pruova testimoniale non è stata giammai esclusa per fatti di questa natura [1]. Per quanto concerne poi il pericolo di distruggere la fede che deve attribuirsi all'autenticità, esso è assolutamente chimerico: le querele di falso sono raramente ammesse dalla giurisprudenza, ed in tutti i casi si richiedono le pruove più convincenti per pronunziare la falsità. Ma, quando le testimonianze sono precise e positive, la presunzione di veracità dell'uffiziale pubblico deve cedere all'evidenza.

565. Potranno sentirsi gli stessi testimonii istrumentali, che vengono a deporre il contrario di quello che essi hanno attestato colle loro firme?

Questa mentita giudiziale data ad una dichiarazione solenne sembra, a primo aspetto, difficile ad ammettersi. Tuttavia lo stesso pericolo cui si espone un testimonio che fa una simile dichiarazione, poichè egli può essere perseguitato come *complice* della falsità, non costituisce esso una forte presunzione in favore della sua veracità? Altronde non avviene forse di sovente che dei testimonii semplici ed ignoranti, sottoscrivano, senza alcuna specie di dolo, enunciazioni false, delle quali essi non capiscono il significato, per esempio, che il testamento è stato *dettato*, quando invece esso è stato semplicemente letto al testatore in presenza dei testimonii, e che in prosieguo questi stessi testimonii, interrogati in giudizio, espongano sinceramente il modo in cui i fatti siano avvenuti [2]?

Nondimeno, sotto l'influenza del sistema delle pruove legali, l'antica giurisprudenza [3] considerava generalmente i testimonii come vinco-

(1) Vedi il numero 106.

(2) Questo avveniva precisamente in una causa decisa nel 1810 dalla corte speciale della Senna, causa in cui il procuratore generale Legoux espose con molta chiarezza i veri principii della materia (vedi Merlin, *Quistioni di dritto*, v. *Testimonio istrumentale*, § 3).

(3) Questa opinione era tuttavia combattuta dai migliori interpreti del dritto

Digitized by Google

lati con anticipazione dalle loro deposizioni scritte. L' avvocato generale Séguier, che noi abbiamo già veduto [1] sostenere con tanta energia la massima che accordava fede assoluta alla deposizione di due testimonii conformi, ebbe ugualmente occasione di dare le sue conclusioni sulla quistione dei testimonii instrumentali, nel 1786: « Non si può « assolutamente, dice egli, ricevere « nè dichiarazione nè deposizione di « un testimonio instrumentale; la « sua dichiarazione non è punto giu« ridica, essa vien dichiarata nulla « dalla legge, senza che occorra e« saminare se essa sia o pur no con« forme alla prima testimonianza. « Essa non vi aggiunge alcuna forza, « quando contiene i medesimi fatti; « non la debilita, quando ne rac« chiude dei contrarii. Altronde quale « differenza non esiste tra la fede « dovuta al testimonio, quando esso « firma un testamento come rivestito « d'un carattere legale, come eser« cente una funzione pubblica, e « quella che potrebbesi attribuire, « tanto alla dichiarazione stragiudi« ziale dello stesso testimonio, ritor« nato una persona privata, quanto « ancora a quello che egli dichiara « sotto la santità del giuramento, al« lorchè esso è interrogato dalla « giustizia ?... E se la morale del te« stimonio deve influire sulla fede « dovuta alla sua deposizione, quale « idea ci appresta di se medesimo « il testimonio istrumentale, che viene « a smentire il contenuto dell'atto da « lui firmato? Quando egli firmava « il testamento, la legge, che consa« crava il suo ministero, lo presu« meva onesto e degno di tutta la « fiducia: il testatore che lo chia« mava, confermava, colla sua fidu« cia, questa presunzione di probità. « Ma, al momento stesso in cui e« gli apre la bocca per deporre in « contradizione del testamento da lui « firmato, egli si pone nell' alterna« tiva di essere o di essere stato uno « spegiuro; la giustizia vede eviden« temente che l'uomo che a lei parla « è un impostore, la sua sola incer« tezza sta nel sapere se sia nel mo« mento attuale o nell'epoca prece« dente che egli l' ha ingannato, e « questa medesima incertezza fa sì « che essa non possa pronunziare la « falsità del primo atto sulla sola « fiducia di quest' essere vile, per« ciocchè forse egli dice una men« zogna quando dice che l' atto è « falso. »

Queste conclusioni furono adottate dal parlamento di Parigi, e parecchie decisioni sono state profferite nello stesso senso, dopo la promulgazione dei codici moderni. Purnondimeno è fuor di dubio che l'esclusione assoluta dei testimonii instrumentali, senza esame dei fatti, non è ammessibile che nel sistema delle pruove legali applicato alla testimonianza. Questa esclusione non è più compatibile coll'attuale progresso d'idee, secondo il quale il tribunale ha un potere assoluto per valutare le testimonianze, ma deve ammetterle tutte, quando non vi si opponga una proibizione di legge. Così la corte di cassazione, con arresto di rigetto fortemente motivato del 12

romano, che non ammise giammai simili restrizioni. « Adversus testimonia, dice « Cujacio (*Observat.* lib. XVI cap. XXV), « interrogentur testes ipsi, quorum sunt « testimonia, et testimoniis fides non ha« beatur, nisi eis suffragetur vox testium « ipsorum. » Gotofredo dice parimenti (sulla legge 1 codice *de testibus*): « Iidem te« stes qui instrumento interfuerunt, ejus « falsitatem possunt arguere. »

(1) Vedi il numero 282.

Digitized by Google

marzo 1838, riconobbe che i giudici possono stabilire la falsità di un atto notarile, per mezzo della sola deposizione dei testimonii istrumentali quand' anche essa fosse l'unico elemento di pruova, sebbene convenga usare di questo potere con una saggia circospezione.

Per essere conseguenti in questa teorica, conviene fare un passo di più, ed ammettere la testimonianza del notajo, sebbene egli alleghi la propria turpitudine. Si comprende benissimo che anticamente il notajo doveva essere respinto a ragion più forte. *Si non auditur perire volens*, diceva il presidente Fabro, *multo minus audietur qui id agit ut et ipse et alius pereat*. Era questa l'applicazione alla materia del falso dei dubii elevati un tempo sulla forza probante della confessione, dubii che ci sono sembrati inammessibili nel dritto moderno (1). Si può dunque ricevere contro l'atto la dichiarazione dello stesso notajo, quando essa sembri sincera. Nelle leggi attuali non v' ha cosa che permetta di respingerla, salvo sempre ad usare, in fatto, di un'estrema riservatezza nell'applicazione [*].

566. L' andamento della pruova testimoniale in materia di falso è regolato dai medesimi principii che nelle altre materie. Tuttavia, dovendo i testimonii deporre sopra i documenti pretesi falsi, è necessario che essi li abbiano sotto gli occhi. Questi documenti debbono quindi essere ad essi presentati, il che viene dal giudice commessario comprovato, facendo cifrare i documenti dai testimonii, ovvero, se essi non possono o non vogliono farlo, facendo menzione di questa circostanza. Si procede nello stesso modo, tanto per le scritture di confronto, quando si reputi utile presentarle ai testimonii, quanto per quelle prodotte dagli stessi testimonii, (codice di procedura articoli 234-329 e 235-330).

567. Finalmente la falsità può provarsi per mezzo di una perizia. Ma la perizia applicasi principalmente alle scritture private, ed è a proposito di queste scritture che la scienza dei periti calligrafi ha dato luogo a vive censure. I nostri sviluppi su questo punto si rannoderanno quindi meglio alla verificazione di scritture, di cui l' andamento, sotto questo rapporto, è quasi identico di quella della procedura del falso. La sola disposizione di rilievo che sia speciale al falso, *si è* quella che vuole che i periti siano sempre nominati d' officio [*ibidem*, articolo 232-327]. L'avviso che essi debbono emettere può avere delle conseguenze così gravi che era giusto lasciare al solo tribunale la facoltà di sceglierli.

Risultati della procedura.

568. L' istruzione del falso può acquistare un'importanza tale, da dar luogo al procedimento criminale contro il reo, e spogliare di conseguenza provvisoriamente la giurisdizione civile. Se, all' incontro, l' istruzione non mette sulla traccia di un misfatto, si ritornerà all'udienza, ed

(1) Vedi il numero 300.

(*) Unif.: Carré, *Procedura*, art. 234, q. 926; Chauveau, *ibid.*; Thomine, t. 1, pag. 413; cassazione, 23 novembre 1812, 12 luglio 1825 e 12 maggio 1834; Caen, 15 gennajo 1823; Bruxelles, 12 marzo 1824; Rennes, 18 aprile 1816; Metz, 8 marzo 1821; Bordeaux, 20 febrajo 1830; Bruxelles, 16 marzo 1833. — *Contra* Douai, 9 dicembre 1828; Tolosa, 26 maggio 1829. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

una sentenza diffinitiva troncherà la controversia. Può nondimeno aver luogo una transazione che prevenga questa sentenza. Noi ritorneremo successivamente sopra ciascuna di queste ipotesi.

569. Risultando dal processo qualche indizio di falsità o di falsificazione [*ibidem*, articolo 239-334], se gli autori o i complici vivono tuttora, si applica il principio generale il quale vuole che il criminale tenga il civile in sospeso. Il presidente del tribunale ovvero il procuratore della repubblica [codice d'istruzione articolo 462], rilascia contro l'indiziato un mandato di accompagnamento dinanzi al giudice d'istruzione competente. Noi vedremo in appresso, quando parleremo della cosa giudicata, quale influenza possa esercitare il risultato del procedimento criminale sulla sentenza del tribunale civile.

570. L'articolo 236-334 del codice di procedura sembra supporre che l'azione civile esista, quand'anche il procedimento pel misfatto fosse estinto colla prescrizione. Ma se la prescrizione dell'azione pubblica è compiuta, sembra che l'azione civile debba essere estinta anch'essa ai termini dell'articolo 637-614 del codice d'istruzione (1), il quale attribuisce alle due azioni la stessa durata di dieci anni.

Si può dapprima rispondere semplicemente che l'azione civile può benissimo essersi conservata con procedimenti eseguiti durante questo periodo di dieci anni, mentre prescrivevasi l'azione pubblica. Ma bisogna andare più oltre e riconoscere che, quand'anche si fosse conservato il silenzio pel corso di dieci anni dalla parte civile non meno che dalla parte pubblica (2), la querela di falso deve sempre ritenersi ammessibile. Non si tratta, infatti, di un'azione civile propriamente detta, di una domanda di danni ed interessi, capace di estinguersi alla fine di un certo corso di tempo, ma di una difesa contro un atto infetto della più radicale di tutte le nullità. E di vero, quale nullità può invocarsi più grave di quella che consiste nel dimostrare che l'atto mi è completamente estraneo, non meno estraneo che se fosse stato rivestito della firma di un terzo? Il tempo può esso avere la forza di trasformare il falso in vero? Basterà forse ad un falsario preparare dieci anni prima una frode, e consegnare in prosieguo l'atto ad un terzo di buona fede, perchè la menzogna divenga una verità giudiziaria? Che io non possa più domandare i danni ed interessi contro l'autore del falso, sia; ma la facoltà di respingere l'attacco diretto contro di me per mezzo di uno scritto di questa natura è un dritto di difesa naturale, il quale deve durare tanto tempo quanto dura in fatto la facoltà di aggredirmi con queste armi sleali. La corte di cassazione ha consagrato questa teorica, conforme all'utilità

(1) L'articolo 239 del codice di procedura rinvia al codice penale; ciò avviene perchè allora lo stesso codice, quello del tre glaciale anno IV, regolava ad un tempo la penalità e la procedura.

(2) Ma, si dirà, la stessa azione pubblica non è prescritta, perciocchè l'uso di una scrittura falsa costituisce un vero reato successivo, e che di conseguenza la prescrizione non corre che a cominciare dall'uso stesso fatto di questa scrittura nel corso della procedura. Questo è vero, quando un litigante di mala fede fa uso scientemente di uno scritto di questa natura; ma può benissimo credersi vera una scrittura falsa; allora non havvi nè misfatto nè delitto da parte del litigante, e l'autore del falso può, dal canto suo, trovarsi in salvo mercè la prescrizione.

Digitized by Google

sociale non meno che alle regole di una sana logica, con arresto del 25 marzo 1829.

571. Una quistione sovente agitata nei tempi andati, si è quella di sapere se la falsità parziale debba distruggere per intero la fede dell'atto. L'opinione più ragionevole su questo punto consiste nel distinguere, come facevasi in Roma, se le parti dell'atto che non siano infette di falsità possano o no sussistere indipendentemente da quelle che sono false.

« Si ex falsis istrumentis, dice lo « imperatore Leone (1), transactio- « nes vel pactiones initae fuerint, « quamvis jusjurandum de his in- « terpositum sit, etiam civiliter falso « revelato, eas retractari praecipimus: « ita demum ut, si de pluribus cau- « sis vel capitulis eaedem pactiones « seu transactiones initae fuerint, illa « tantummodo causa vel pars retra- « ctetur, quae ex falso instrumento « composita convicta fuerit, aliis ca- « pitulis firmis manentibus: nisi forte « etiam de eo, quod falsum dicitur, « controversia orta decisa sopiatur. »

Se l'atto parzialmente falso è ancora suscettibile d'una validità parziale, a ragion più forte debbesi respingere la giurisprudenza arbitraria di taluni parlamenti, i quali facevano perdere la lite al falsario, quand'anche la sua causa fosse stata buona indipendentemente dal falso documento. Simili decisioni richiamano alla memoria quella della scimmia, dinanzi alla quale litigavano il lupo e la volpe (2):

Le juge prétendait qu'à tort et à travers,
On ne sauret manquer, condamnant un pervers.

572. Se il documento è riconosciuto falso, il tribunale (codice di procedura articolo 241-336) deve prendere delle misure, o per impedire che se ne possa fare uso, o per ristabilire la verità, se vi è luogo. Onde ottenere il primo di questi risultati, esso ordina la *soppressione* o *lacerazione* del documento, quando sia isolata; la *cancellatura*, quando siavi stata falsificazione parziale di un titolo o di un registro, che non si può distruggere totalmente; finalmente la *riforma* (3), atto di distruzione morale, che si pronunzia quando lo scritto non è in potere del tribunale, o quando la legge non ne permette la cancellatura, come quando trattasi di un atto dello stato civile, salvo a fare menzione della sentenza in margine dell' atto soppresso [codice civile articolo 101-106]. Per quanto concerne la rinnovazione della verità, i documenti sono *rinnovati*, quando trattasi, o di riprodurre per intero delle disposizioni cancellate, o per lo meno di riformare l'atto, per ritornarlo nello stato in cui prima trovavasi, se si tratta di un falso materiale; nello stato in cui doveva essere giusta l'intenzione della parte, se si tratta di un falso morale.

573. Tutte queste operazioni si fanno a diligenza del cancelliere; ma tutte, salva la soppressione, la quale non produce effetti materiali, sono tali da cagionare un pregiudizio irreparabile alla parte condannata. Or, la condanna può non essere stata in ultima istanza; essa può almeno essere suscettibile di vie di ricorsi estraordinarii. Si è per questo che la legge ha ordinato la sospensione

(1) Legge 41, codice *de transactionibus*.

(2) La Fontaine, libro II, favola 3.

(3) Tale si è il senso attribuito alla parola *riforma* da Serpillon, nel suo commentario sull'ordinanza del 1737, e non è a credersi che le stesse espressioni abbiano un altro significato nel codice di procedura (vedi il signor Colmet d'Aage, *Lezioni sul codice di procedura*, § 67).

Digitized by Google

del capo della sentenza relativo allo stato materiale del documento, finchè non sia scorso il termine dell'appello, dell'azione civile o del ricorso per annullamento (lo stesso articolo 241-336). Non si parla del termine per fare opposizione, perciocchè esso è generalmente sospensivo in ogni materia. Per quanto concerne i mezzi straordinarii, l'opposizione di terzo e la disapprovazione, sembra che il legislatore non ne tenga conto.

Per l'opposto, se il documento è dichiarato vero, non havvi, certamente, alcuna operazione materiale da farsi; ma sarebbe pericoloso restituire, o lo scritto impugnato come falso, o le scritture di confronto, finchè la sentenza può essere impugnata con uno dei mezzi cennati. Debbesi adunque, in generale, differire siffatta restituzione. Ma l'applicazione di quest'ultima regola può cessare sulla domanda dei depositarii, o di qualunque altro interessato alla reintegrazione dei documenti, purchè il tribunale si abbia una sufficiente sicurtà che i documenti saranno restituiti alla prima esibizione [*ibidem*, articolo 242-337 e 243-338].

Inoltre, il pubblico ministero, che è presente alla sentenza diffinitiva, non meno che a tutti gli altri stadii della procedura, può sempre, facendo delle riserve per intentare procedimenti criminali, opporsi tanto alla distruzione, che al ritiro dei documenti utili o necessari per l'esercizio dell'azione pubblica, che rimane perfettamente indipendente, qualunque siasi l'esito del procedimento civile.

574. Quando l'attore succumbe, egli, quantunque la sentenza non siasene occupata, incorre di dritto una multa di trecento franchi (*), independentemente dai danni ed interessi che possono dal tribunale essere aggiudicati al convenuto. Comunque l'attore desista volontariamente, incorrerà sempre la multa; avverrebbe, a ragion più forte, lo stesso quando fosse stato dichiarato decaduto dalla sua domanda, per difetto di osservanza delle formalità legali (1). Ma è necessario che la querela sia stata ammessa; in caso diverso la procedura sarebbesi spenta sin dal suo nascere. Del resto, per non incorrersi la multa, basta che il documento, senza essere stato positivamente dichiarato falso, sia stato rigettato, ovvero che siasi riconosciuta una falsità parziale (*ibidem*, articoli 246-341 e 248-343).

575. Finalmente la lite può ricever termine con una transazione, al pari della maggior parte delle contraversie civili. L'accordo delle parti è certamente senza effetto relativamente all'esercizio dell'azione penale (codice d'istruzione articolo 4-2); ma l'effetto della transazione tra le parti stesse sembra qui subordinato ad una condizione affatto particolare. « Non « potrà essere eseguita alcuna tran- « sazione sull'incidente di falso, dice

(*) L'articolo 346 della nostra procedura civile prescrive che la multa non sia minore di ducati ottanta.

Un decreto del 4 ottobre 1831 prescrive che coloro che vogliono produrre querela di falso in principale contro scrittura privata debbono prima assicurare il pagamento del debito, delle spese e dei danni ed interessi.— *Il Traduttore.*

(1) L'articolo 247-342 del codice di procedura suppone che le parti possano essere state messe fuori di causa. È questo un vestigio dell'antico dritto, in cui la *messa fuori di causa*, di che abbiamo avuto occasione di parlare (num. 49), si riproduceva in materia di falsità per ragion del carattere semi-criminale della procedura. Oggi, *metter fuor di lite o fuori causa* sarebbe arbitrario, tanto nel civile che nel criminale.

Digitized by Google

« l'articolo 249-344 del codice di « procedura, se non è stata omolo- « gata in giudizio dopo la comuni- « cazione fattane al pubblico mini- « stero, il quale su tale oggetto potrà « fare quelle istanze che giudicherà « opportune. »

Nel primo stato della nostra giurisprudenza francese, a differenza del dritto romano, che permetteva di transigere, anche sull' accusa di falso (1), qualunque transazione sulla falsità era vietata. Presso di noi non si è mai permesso di transigere in materia di misfatti, e noi abbiamo veduto che la procedura anche civile del falso aveva un carattere criminale. Sotto l'ordinanza del 1737, la transazione fu permessa; ma sebbene l'articolo 52 del titolo II di quest' ordinanza parlasse solamente dell'*esecuzione*, ritenevasi generalmente che la validità della transazione fosse in sostanza subordinata all'omologazione del tribunale. Ciò avveniva perchè allora la parte civile poteva agire come parte principale nel criminale, e di conseguenza i dritti ai quali essa rinunziava non erano puramente privati, sotto l'impero di una legislazione che non aveva ben chiaramente segregato l'azione pubblica dall'azione civile. Ma oggi che una tale confusione non esiste più, restando intatta l'azione per la riparazione del misfatto, la quale appartiene esclusivamente al pubblico ministero, non si vede la ragione per la quale il tribunale possa ricusare nel merito l'omologazione ad una transazione tra parti capaci sopra interessi puramente privati. Quello che il tribunale può accordare o ricusare, si è l'*esecuzione* della transazione, in quanto essa potrebbe compromettere l' azione pubblica, cioè quando essa si riferisse al ritiro o alla distruzione dei documenti, dei quali può il pubblico ministero richiedere la conservazione in cancellaria. L' esposizione dei motivi è interamente nel senso di questa opinione: « Le parti, dice Treilhard, « non hanno facoltà di fare sparire la « traccia di un misfatto per mezzo di « convenzioni private, e di sottrarre « i colpevoli alle pene da loro in- « corse (*). »

Seconda Divisione.

Falso incidente criminale.

576. Innanzi la giurisdizione criminale, l'inscrizione in falso, come abbiamo veduto, non può in altro modo presentarsi se non incidentemente. L' istruzione del falso principale criminale, o falso principale propriamente detto, tende a fare applicare la legge penale, e non già solamente a distruggere la fede dell'atto, come l'inscrizione in falso.

577. L' andamento tracciato per impugnare incidentemente un documento falso nel criminale, differisce poco da quello seguito innanzi le giurisdizioni civili. La parte che impugna di falso il documento, deve intimare all'avversario di dichiarare se egli intenda o no servirsi del documento (codice d'istruzione articolo 458-446). Non essendo qui i litiganti rappresentati da patrocinatori, l' intima debbesi fare per mezzo di citazione e quindi il termine di otto

(1) Diocleziano, legge 18, codice *de transactionibus*.

(*) Uniformi: Thomine, tomo I, pag. 428; Boncenne, tomo IV, pag. 142; Mangin, *Trattato dell' azione pubblica e dell'azione civile*, pagina 56, num. 30; Chauveau, sopra Carré, articolo 249, q. 959; Bruxelles, 12 febbrajo 1830. — *Contra* Dalloz, tomo VIII, pag. 438, numero 33. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

giorni deve, senza alcun dubio, essere accresciuto in ragion della distanza. Del resto, la parte alla quale s'impone cotale intima è la parte civile. Il pubblico ministero non è costretto giammai a mettere l'accusato in mora di dichiarare se egli intenda o no adoperare tal mezzo (1). Se colui al quale vien fatta l'intima rinunzia a far uso del documento, esso è rigettato dal processo, senza pregiudizio dei procedimenti criminali ai quali esso può dar luogo. Se, all'incontro, egli persiste a farne uso, il falso è perseguitato criminalmente quando sia morale; in caso diverso, l'istruzione del falso è spinta incidentemente, nelle forme ordinarie, innanzi il tribunale investito della causa principale (*ibidem*, articolo 459 e 460-447). Nondimeno quest'ultima proposizione non è generalmente vera: essa non dev'essere applicata che alle corti di assise ed ai tribunali di polizia correzionale. Si è sempre ritenuto che un tribunale di semplice polizia non offre sufficienti guarentigie per poter essere investito d'un procedimento di falso, di cui l'andamento è complicato.

578. In materia ordinaria, il falso criminale non è più sottoposto, come abbiamo veduto (2), a pena di nullità all'osservanza delle regole complicate prescritte dalla legge. Non avviene lo stesso nelle materie speciali, delle quali abbiamo già tenuto parola nell'occuparci dell'autenticità in materia criminale, cioè relativamente ai processi verbali che comprovano taluni delitti e talune contravvenzioni, pei quali l'inscrizione in falso è stata sottoposta a regole particolari. Tutto è di rigore nella procedura che tende a distruggere l'autorità di questi processi verbali. « L'inosservanza di queste formalità, « dice un arresto di cassazione del « 18 novembre 1813, porta il deca- « dimento dalla querela di falso; « essa estingue adunque e riduce al « nulla l'azione, senza che la si possa « più riprodurre: per una conseguen- « za necessaria, le nullità che risul- « tano dall'inosservanza d'una tale « formalità, sono assolute e d'ordine « pubblico; esse non possono essere « coverte nè dal silenzio, nè dal con- « senso, tanto delle parti interessate « che del ministero pubblico; esse « possono essere proposte in ogni « stato di causa come eccezione pre- « liminare e perentoria che estingue « l'azione, ed è sinanco dovere del giu- « dice supplirle nel silenzio delle « parti. » Queste formalità rigorose sono state prese in prestito dall'antica legislazione le di cui disposizioni trovavansi compendiate in una dichiarazione del re del 25 marzo 1732 che regolava la procedura a seguirsi nell'inscrizione in falso.

Independentemente dalle regole prese in prestito dalla procedura civile per l'inscrizione in falso e pel deposito dei motivi, la facoltà d'inscriversi dev'essere esercitata entro brevissimi termini, i quali variano secondo le materie, ma non si spingono mai al di là dell'udienza indicata nella citazione. « In tutti i tempi, dice Merlin (3), il legislatore ha preso cura di restringere con una inflessibile severità, il termine entro

(1) Rigetto del 20 giugno 1817. Quand'anche il documento fosse sparito per causa dell'imputato, il procedimento del ministero pubblico non potrebbe essere arrestato, come lo decise la corte di cassazione, e sotto il codice attuale (arresto del 14 maggio 1836), e sinanco sotto l'impero del codice di brumale che prescriveva a pena di nullità l'adempimento di tutte le formalità di questa procedura (rigetto del 6 marzo 1807).

(2) Numero 532.

(3) Repertorio, v. *Inscrizione in falso*, § VI, sezione 2.

il quale possono essere impugnati con iscrizione di falso i rapporti, i processi verbali dei preposti (1), ed è agevole concepirne il motivo: questo avviene perchè quanto maggiore è l'intervallo accordato dalla legge all'imputato di contravvenzione per intentare la querela di falso contro un processo verbale, tanto più gli si rende agevole foggiare, rivestire di tutti i colori della verosimiglianza, e di provare, con falsi testimonii, fatti contrarii a quelli comprovati dal processo verbale degl'impiegati; questo avviene perchè i primi momenti che seguono la redazione e l'affermazione di un processo verbale, sono sempre quelli in cui la verità può esserne più agevolmente riconosciuta, in cui gli errori possono essere più facilmente addimostrati; questo avviene perchè interessa di non lasciare a lungo l'interesse pecuniario dell'imputato in lotta colla sua coscienza.»

579. Ma appunto pel rigore di queste formalità, bisogna riconoscere che le regole relative ai processi verbali sono collocate fuori del dritto comune. Non è quindi lecito completarle, prendendo in prestito dal codice di procedura talune disposizioni relative all'inscrizione in falso. Di conseguenza, nel silenzio delle leggi speciali, non può dirigersi al redattore del processo verbale un'intima preventiva, tendente a fargli dichiarare se egli voglia servirsi del documento: questo è stato deciso da un arresto di cassazione del 14 maggio 1818, per la ragione che, non essendo gli agenti dell'amministrazione liberi dall'astenersi, a differenza dei litiganti ordinarii, una simile intima non potrebbe avere alcun'utilità relativamente ad essi. Nondimeno, se non è lecito riportarsi al codice di procedura, per quanto concerne l'istruzione della causa, havvi identità di motivo per applicare al litigante temerario la multa di trecento franchi, quando trattasi di un falso incidente criminale. Questo è stato deciso da un arresto di cassazione del dì 8 febrajo 1845, nel caso di una inscrizione in falso diretta contro un processo verbale d'impiegati delle contribuzioni indirette.

580. Quegli che vuole inscriversi in falso deve dichiararlo personalmente, o per lo meno per mezzo di persona munita di una procura speciale e notarile. L'inscrizione ha luogo, ora nella cancelleria, ora all'udienza, ma sempre entro brevi termini. Nel giorno indicato nella citazione, il tribunale dà atto all'imputato della sua dichiarazione *di* querela di falso, e stabilisce un termine molto ristretto, entro il quale è obbligato a depositare in cancelleria i motivi di falso, coll'indicazione dei nomi, qualità e domicilio dei testimonii che egli vuol far sentire. Questi mezzi debbono consistere, come in materie ordinarie (2), in fatti tali da contradire il processo verbale, e non una denegazione pura e semplice. Si è in questo senso che l'articolo 179 del codice forestale vuole che i motivi *siano tali da distruggere l'effetto del processo verbale.*

Spirato il termine stabilito, le parti vengono all'udienza, ed il tribunale decide se la querela sia ammessibile. A quel punto solamente esso è autorizzato a far cessare la fede del processo verbale impugnato. Quando la querela di falso è ammessa, se vi siano indizii di falso criminale, e che l'azione pubblica non

(1) Vedi il numero 556.
(2) Trattavasi di contribuzioni indirette; ma il principio è evidentemente lo stesso in tutte le materie speciali.

Digitized by Google

sia prescritta o estinta per la morte dell'imputato, il tribunale deve soprassedere, e rinviare la causa dinanzi al giudice d'istruzione competente. Nel caso contrario, siccome il procedimento non tende più all'applicazione di una pena, ma solamente alla pruova del falso, il tribunale correzionale, impossessato dell'incidente, può espletarlo. Esso procede in tal caso secondo le regole ordinarie, relativamente alla verificazione dell'esistenza del falso.

581. In tesi generale, la querela di falso, spinta da un imputato contro il processo verbale dal quale può risultare la colpabilità di lui, è personale a quest'imputato, e non deve giovare agli altri imputati che si troveranno indicati in questo medesimo processo verbale. È questa l'applicazione del principio ben costante, secondo il quale una procedura, qualunque essa siasi, non può giovare a persone estranee. Nondimeno si legge nell'articolo 181 del codice forestale, e nell'articolo 58 della legge sulla pesca nei fiumi: « Quando « un processo verbale sarà redatto « contro più imputati, e che uno o « solamente alcuni tra di loro muo« vano querela di falso, il processo « verbale continuerà a far fede rela« tivamente agli altri, a meno che il « fatto sul quale verserà la querela « di falso non sia indivisibile e co« mune agli altri imputati. » Si è forse ritenuto esservi qualche cosa di strano, quando il fatto è indivisibile, in vedere un processo verbale dichiarato falso, e condannarsi nondimeno imputati alla multa, o benanco alla prigionia sulla fede di questo processo verbale. Eppure questo non è altro in sostanza che l'applicazione logica del principio il quale, in materia indivisibile, come vedremo, non permette di attribuire alla cosa giudicata che una fede affatto relativa. Non può quindi estendersi ad altre materie la disposizione favorabile, ma eccezionale, del codice forestale e della legge sulla pesca dei fiumi.

Secondo modo di pruova precostituita.

Confessione del convenuto. Scritture private.

582. Comunque siasi preziosa l'autenticità per assicurare la stabilità delle convenzioni, non era possibile imporla generalmente, senza ridurre i particolari in imbarazzi e spese che avrebbero considerevolmente attraversato le transazioni sociali (1). Quindi la confessione fatta in una scrittura privata è una pruova estremamente usuale.

Le scritture più importanti emanate da semplici particolari sono gli atti sotto firma privata, così chiamati per ragion della firma (2) che li distingue (*). Noi dobbiamo occuparci specialmente di cotali atti. Diremo in seguito qualche parola sulle scritture non firmate, le quali non hanno fede regolare che in talune circostanze determinate, all'infuori delle quali esse degenerano in

(1) Vedi il numero 373.

(2) La parola *firma* (seing) infatti, opposta a quella di *suggello* dall'ordinanza di Moulins, è adoperata sovente dai nostri antichi scrittori nel senso di sottoscrizione. Boiceau adopera continuamente in questo senso, poco conforme alla sana latinità, la parola *signum*, dalla quale è derivata la parola *seing*.

(*) Il nostro codice le distingue sotto il nome di *scritture private*. Nondimeno l'espressione di *atto sotto firma privata* è adoperata nell'articolo 1238. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

semplici indizii: noi tratteremo nello stesso tempo dei segni materiali tuttora adoperati per provare talune somministrazioni, delle taglie, che possono considerarsi come una specie di scrittura materiale.

Le regole che stabiliremo sulla natura delle scritture private non sono esclusive alle materie civili. Noi non dovremo fare che poche osservazioni per completare il soggetto, sulla fede di queste scritture dinanzi ai tribunali criminali.

Prima Sezione.

Scritture sottoscritte.
Scritture private.

583. La sottoscrizione delle parti, che è presso di noi il carattere distintivo degli atti sotto firma privata, non esisteva nell' origine in Roma. Per quanto concerne il sigillo, che poteva farne le veci, e che adoperavasi, per esempio, nel testamento pretoriano, per attestare la presenza dei testimonii, non sembra che fosse stato richiesto nelle scritture private (1). Sembra che queste si redigessero abitualmente in presenza di testimonii: uso che non aveva nulla di straordinario pei Romani, i quali avevano il costume d'iniziare i loro concittadini nel segreto dei loro affari, perciocchè le loro convenzioni più importanti facevansi verbalmente ed esigevano, per conseguenza, nella pratica l'uso della pruova orale.

Giustiniano, nella novella 73, diede una forza affatto speciale alle scritture rivestite della firma di tre testimonii. Egli volle che quelle sole potessero verificarsi per mezzo di periti, perciocchè la testimonianza delle persone che avevano concorso all'atto rendeva la perizia meno pericolosa: « Ut non in sola scriptura « et ejus examinatione pendeamus, « sed ut judicantibus etiam testium « solatium.» Per l'opposto, la sincerità delle scritture che erano redatte senza testimonii o in presenza di meno di tre testimonii, non poteva stabilirsi che colla pruova diretta, e non indirettamente per mezzo del confronto di scritture. Leone aveva già deciso (2) che in materia di pegno e d' ipoteca le scritture redatte in presenza di tre testimonii dovessero vincerla, sebbene posteriori di data, su quelle sfornite di questa formalità. Del resto, sebbene la sottoscrizione si fosse introdotta in Costantinopoli, essa non poteva, come presso di noi, stare in luogo della scrittura della propria mano di colui che si obbligava. Colui che non sapeva scrivere, o che sapeva *paucas literas* (3), doveva fare stendere da altri le sue convenzioni in presenza di testimonii i quali attestavano la fedeltà della redazione [*].

584. In Francia noi abbiamo veduto (4) che, sino al secolo XVI, gli stessi atti pubblici non erano firmati, ma rivestiti di un sigillo. Dumoulin ammette ancora per gli atti privati (5) che il sigillo può valere senza firma; purchè sia certo

(1) Scaevola, legge 34, § 1, dig. *de pignoribus*.

(2) Legge 4, cod. *qui potior in pignore*.

(3) Novella 73, cap. VIII.

(*) Le costituzioni del Ducato di Modena nell'articolo 2 del titolo XX del libro I, a somiglianza delle leggi romane, attribuiscono la forza dell'atto autentico alle scritture rivestite della firma di tre testimonii di buona fama e condizione, e senza eccezione, quando la loro firma venga da essi riconosciuta o resti in altro modo legalmente verificata. — *Il Traduttore.*

(4) Vedi il numero 415.

(5) Commentario sulla consuetudine di Parigi, titolo *dei feudi*, § 8, num. 13 e 14.

Digitized by Google

d'essere stato apposto da colui che contrae l'obbligazione. L'assoluta necessità della firma sembra non essere prevalsa che nel secolo seguente. È agevole riconoscere quanto l'uso della firma sia preferibile a quello del sigillo, il di cui uso fraudolento non richiede punto dal falsario delle conoscenze speciali e difficili, come la fabbricazione delle scritture, e riesce impossibile farsene la pruova, quando tale uso si faccia segretamente, perciocchè l'impronta è sempre la stessa.

585. In Inghilterra [1] la formalità del sigillo è tuttavia la sola che si richieda in generale negli atti privati, di cui la formola dice: *sigillato e rilasciato*. La sottoscrizione è inoltre richiesta dallo statuto ventesimonono di Carlo II, al capo 3, per le convenzioni importanti, come le vendite d'immobili. Per provare quello che avviene all'epoca della confezione degli atti, si è ricorso allo stesso espediente che adoperavasi nella legislazione romana, all'esistenza di testimonii [2]. Ma questa testimonianza, utile per la pruova, non è dell'essenza dell'atto. Dall'epoca di Enrico VIII, quando i testimonii sono chiamati, essi debbono firmare in piede o nel dorso della scrittura. Finalmente è un principio che, quando un atto è sottoscritto da testimonii, i medesimi testimonii debbono certificarne l'esistenza. Quando trattasi di stabilire questa esistenza, la pruova testimoniale è sempre quella che invocasi a preferenza; la verificazione di scritture non si adopera che all'ultima estremità. È questo il sistema della Novella 73 [3].

586. Il codice sardo, prevedendo il caso in cui i contraenti non sappiano nè leggere nè scrivere, permette loro di redigere una scrittura privata apponendo un segno [4] in presenza di testimonii [5]. Il segno è verificato in giudizio, come lo sarebbe la scrittura [*].

587. In Prussia, all'incontro [6], non prestasi neanco fede al notajo, per quanto riguarda i ciechi, e sordimuti, e coloro che non sanno leggere e scrivere; queste persone non possono contrarre che dinanzi al tribunale. Del resto, non havvi in ciò che un'applicazione di quella tutela giudiziaria degl'incapaci, che spiega sì grande influenza nelle legislazioni germaniche.

588. Una distinzione fondamentale tra l'atto autentico e la scrit-

(1) Vedi Blackston, libro 2. capo 20.

(2) Da Riccardo Cuor di Leone in poi, il re è il testimonio di se medesimo (*teste me ipso*).

(3) Vedi Blaxland, *Codex rerum anglicarum*, pag. 492.

(4) L'uso di apporre in tal guisa un segno, ordinariamente una croce, assai frequente tuttora nelle campagne, e che può denotare il consenso, quando sia provato che il segno è stato apposto con cognizione di causa, rinviensi nel dritto di Giustiniano (legge ultima, § 1. (*Codice de jure deliberandi*). Quest'imperatore, supponendo che l'erede che redige un inventario non sappia scrivere, vuole che si chiami in tal caso un tabellione per iscrivere in sua vece, *venerabili signo antea manu haeredis praeposito*. Gli Anglo-Sassoni facevano ugualmente uso della croce; l'uso del sigillo fu introdotto in Inghilterra dai Normanni, perciocchè la più antica carta sigillata è di Eduardo il Confessore, che era stato innalzato in Normandia (Blackstone, nello stesso cap. XX, num. 8).

(5) Articolo 1433.

(*) L'articolo 886 del codice austriaco prescrive similmente che chi non sa o per fisico difetto non è capace di scrivere, deve, assistito da due testimonii, l'uno dei quali sottoscriverà in di lui nome, apporvi di sua mano il consueto segno. — *Il Traduttore*.

(6) Codice prussiano, parte 1, titolo V, articolo 171.

Digitized by Google

tura privata, si è che l'apparenza sola di un atto autentico prova l'autenticità, *acta probant se ipsa*, secondo l'energica espressione di Dumoulin; mentre la scrittura privata, che pretendesi provenire da una parte, non fa fede se non quando sia riconosciuta o verificata in giudizio. Ma, per seguire un andamento simile a quello che abbiamo adottato per gli atti autentici, noi supporremo dapprima la sincerità dell'atto libera da ogni controversia, ed in questa supposizione, esamineremo a quali condizioni possa lo stesso far fede. Ricercheremo in prosieguo come procedesi praticamente per istabilire la sincerità dell'atto, quando essa viene impugnata, cioè per *verificare le scritture*.

PRIMA DIVISIONE.

Fede della scrittura privata.

589. L'atto autentico, meno quello che concerne le controscritture, ha l'autorità medesima in faccia ai terzi che tra le parti contraenti. Niuno può essere ammesso ad impugnare la verità delle dichiarazioni dell'uffiziale redattore, a meno che non prenda la via penosa e difficile dell'iscrizione in falso. Le scritture private, quando si suppongono sincere, sono anch'esse, nella nostra legislazione, delle pruove legali. Ma questa pruova è suscettibile in certo modo di due gradi. Talune condizioni bastano per la validità della scrittura privata tra le parti contraenti. Ma, in faccia ai terzi, l'esperienza ha fatto sentire il pericolo delle antidate, sì facili a praticarsi e sì difficili a riconoscersi. La confessione scritta non può quindi far piena pruova sotto questo rapporto, nell'assenza di talune condizioni che lo mettano al coverto da qualunque sospetto di frode. Si vede bene che la forma e la fede dell'atto sono qui intimamente legate; noi tratteremo quindi simultaneamente delle formalità richieste e della fede che si attribuisce all'atto rivestito di queste formalità, dapprima tra le parti, indi in faccia ai terzi.

§ 1. *Fede tra le parti.*

590. La sola condizione ordinariamente richiesta tra' contraenti, si è la firma della parte che contrae l'obbligazione. La firma non può essere surrogata da una croce: questo è stato così prescritto sin dall'ordinanza del 1667, anche nei paesi in cui la consuetudine locale consagrava quest'uso[1][*]. I segni o la croce, siccome non costituiscono una scrittura capace d'essere riconosciuta, non possono neanco servire di principio di pruova per iscritto [2]. Ma non è indispensabile che la firma dell'autore dell'atto sia conforme al suo atto di nascita, purchè i nomi e cognoni siano quelli sotto i quali esso è conosciuto: così si è giudicato valido un testamento di un vescovo, segnato con una croce, colle iniziali dei suoi cognomi, e del nome del suo vescovato [3].

(1) Rigetto del 10 termidoro anno VIII.

(*) Vedi in questo senso Zachariae, § 756, e due arresti, l'uno della corte di Bruxelles, del 27 gennajo 1807, e l'altro della corte di Colmar, del 23 dicembre 1809. — *Il Traduttore.*

(2) Bruxelles, 27 gennajo 1807.

(3) Rigetto del 23 marzo 1824; Bourges, 19 agosto 1824. La stessa difficoltà, sollevata sotto l'antica giurisprudenza pel testamento di Massillon, era stata troncata con una transazione. Allora il dubio era più grave per ragione dell'articolo 221 dell'ordinanza del 1629, la quale prescri-

Digitized by Google

La data non è necessaria: il che era vero in Roma (1), anche in faccia ai terzi, ma non più vero presso di noi se non relativamente alle parti tra di loro. Tuttavia, anche sotto quest' ultimo punto di vista, quantunque la data non sia necessaria, pure sarebbe eminentemente imprudente non inserirla; perciocchè il soscrittore può essere stato un incapace, e come provare in tal caso che la scrittura sia stata redatta in un' epoca di capacità? L' attore avrebbe il peso di una pruova, che gli riuscirebbe forse impossibile apprestare. Quando, all'incontro, havvi una data, essa è reputata vera: il che importa che il soscrittore non potrà negare puramente e semplicemente la data, come lo farebbe un terzo, ma senza pregiudizio del dritto che ha sempre il tribunale di stabilire l'effettiva data con cognizione di causa [2].

591. Siccome la legge non altro richiede che la firma di colui che vuole obbligarsi, può darsi questa firma con anticipazione, lasciando in bianco una spazio che dev' essere riempito dal mandatario, secondo le intenzioni del mandante. Questo vien chiamato *un foglio in bianco*: pratica che può riuscire pericolosa, ma che in se stessa non ha nulla di riprensibile. Vi sono stati, egli è vero, sin nell'ultimo secolo [3], degli arresti che hanno dichiarato nulli dei fogli in bianco non ratificati, mentre altre decisioni ne conservavano la validità; ma oggi, indipendentemente dal principio generale, il quale non permette di far rivivere antiche proibizioni relative a materie regolate dal codice civile, le nostre leggi moderne hanno riconosciuto implicitamente, ma ben chiaramente, la validità dei fogli in bianco, poichè esse ne puniscono l'abuso. L' articolo 407-430 numero 3, del codice penale punisce effettivamente, con pene correzionali « chiunque abusando di un foglio in « bianco a lui affidato, abbiavi fraudo« lentemente scritto sopra un'obbli« gazione o un discarico, o qualun« que altro atto che possa compro« mettere la persona o i beni del « sottoscrittore. »

Osserviamo che in sostanza, in qualunque abuso di foglio in bianco, havvi un falso morale, perciocchè il mandatario scrive una cosa differente da quella che il mandante intendeva sottoscrivere; nello stesso modo che il notajo commette una falsità, quando scrive in un testamento delle disposizioni che non gli siano state dettate. Ma gli stessi motivi che fanno degenerare il furto in frode, quando il proprietario ha egli medesimo rimesso la cosa tra le mani di colui che l' ha distornato, per esempio, di un depositario, fanno sì che non siavi falsità, quando il foglio in bianco è stato volontariamente affidato alla persona che ne ha fatto abuso, perciocchè il mandante poteva prevedere l' abuso di un potere illimitato in fatto, sebbene limitato nell'intenzione delle parti.

Avverrebbe altrimenti, ai termini dello stesso articolo 407-430, se il

vera, a pena di nullità, di firmare tutti gli atti e contratti col nome di famiglia e non con quello delle signorie; ma questa ordinanza, registrata in un letto di giustizia, era poco osservata dai parlamenti. Nel dritto intermedio, le leggi del 19 giugno 1790 e del 6 fruttidoro anno II, hanno parimente prescritto di adoperare il vero nome di famiglia, ma senza aggiungere la sanzione della nullità.

(1) Scaevola, legge 34, § 1, dig. *de pignoribus*.

(2) Arresto di rigetto del 19 gennajo 1814.

(3) Merlin, *Repertorio*, v. *Foglio in bianco*

foglio in bianco non fosse stato affidato a colui che lo ha riempito: vi sarebbe allora una vera falsità, punibile di reclusione. La ragione si è che in tal caso non vi sarebbe più un semplice abuso di fiducia, ma una vera fabricazione di scritture; perciocchè, siccome lo scritto fa un tutto colla firma, poco monta che io foggi il biglietto per intero, o che io adatti posteriormente delle disposizioni ad una firma che voi non avete avuto mai l'intenzione di affidarmi. Questa distinzione costante in giurisprudenza, è stata nettamente formulata dallo stesso legislatore, nello spirito dei motivi del codice penale. Però la corte di cassazione considera con ragione che non affida un foglio in bianco colui che lo consegna come indirizzo, come ricordo, o coll'intenzione di sottoscrivere un atto che non l'obblighi, come sarebbe una petizione (1).

592. Se tutti sono di accordo sugli elementi costitutivi del delitto di foglio in bianco, agitasi però una grave quistione onde sapere se il fatto stesso della consegna del foglio in bianco è suscettibile di essere stabilita per mezzo della pruova testimoniale. La corte di cassazione [2], assimilando la consegna volontaria del foglio in bianco ad un deposito, vide in questo fatto una convenzione che dev'essere provata per iscritto per qualunque valore eccedente i centocinquanta franchi, secondo la teorica oggi costante sulla pruova testimoniale innanzi i tribunali criminali [3].

Questa giurisprudenza è stata vivamente censurata da parecchi scrittori, i quali pretendono che la consegna di un foglio in bianco non sia affatto una convenzione, e che richiedere una pruova scritta, importi attraversare le relazioni di affari, in cui si usa affidare un foglio in bianco ad un commesso, senza richiedere alcuna attestazione di tale consegna. Noi non crediamo che queste objezioni siano fondate. Tanto è vero che la consegna di che si tratta è un fatto convenzionale, che questa circostanza sola è quella che fa del foglio in bianco un semplice delitto, perciocchè altrimenti esso degenererebbe in una vera falsità. Che cosa è infatti alla fine la consegna di un atto sottoscritto anticipatamente e destinato ad essere riempito? Un mandato. Or il mandato è sottoposto dal codice civile (articolo 1986-1860) alle regole del diritto comune sulla pruova, regole che non si applicano, peraltro, al mandato commerciale, il che risponde all'objezione desunta dalle relazioni dei padroni coi loro commessi. All'infuori di queste relazioni, l'uso dei fogli in bianco è sovente una grave imprudenza, che non conviene affatto incorraggiare, coll'allontanarsi dalle regole ordinarie sulla pruova (*).

593. Per ritornare al dritto civile, se, nella teorica prevalsa, i fogli in bianco sono stati generalmente autorizzati, il pericolo che essi presentano ha dovuto attirare, in taluni casi, l'attenzione del legislatore. Numerose frodi praticate nel principio dell'ultimo secolo, sia per mezzo di fogli in bianco, sia per mezzo di firme sorprese posteriormente, diedero nascimento ad una dichiarazione del 22 settembre 1733, di cui la sostanza è riprodotta nell'artico-

(1) Arresto di annullamento del 22 ottobre 1812 e del 2 luglio 1829.

(2) Arresto del 18 gennajo e del 5 maggio 1831.

(3) Vedi il numero 178.

(*) Vedi nello stesso senso Zachariae, § 756. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

lo 1326-1280 del codice civile: « Il « biglietto o la promessa per mezzo « di scrittura privata, colla quale « una sola parte si obbliga verso l' al« tra a pagarle una somma di da» naro, o a darle altra cosa valu« tabile, debbe essere scritta per in» tero di mano di colui che la sot« toscrive; o per lo meno è neces« sario che, oltre la sua firma, abbia « scritto di propria mano un *buono*, « ovvero un *approvato*, indicante in « lettere per esteso la somma o la « quantità della cosa. »

594. Questa disposizione non si applica che agli atti *in cui una sola parte si obbliga*, cioè agli atti unilaterali; perciocchè un atto può essere unilaterale, sebbene sottoscritto da più di un debitore. Ben male a proposito quindi le corti di Parigi e di Douai aveano dichiarato valido, relativamente alla donna, un biglietto non approvato pel quale una moglie obbligavasi solidalmente con suo marito. Le loro decisioni furono di conseguenza annullate li 8 agosto 1815 e li 6 maggio 1816[*].

595. La dichiarazione del 1733 non parlava che dei *valori in danaro*. Il codice civile aggiunge *o una cosa valutabile*. Queste espressioni sono spiegate da quello che segue: la somma o la *quantità* della cosa. Trattasi quindi di una obbligazione di quantità, cioè di derrate, di mercanzie, che si contrae l' obbligo di consegnare al latore del biglietto. L' esperienza ha fatto riconoscere che il pericolo stava principalmente nell' estorsione di biglietti che danno al preteso creditore il dritto di reclamare del danaro o dei valori facilmente realizzabili. A torto taluni scrittori hanno voluto accusare d' inconseguenza il legislatore; egli ha voluto solamente colpire le frodi più frequenti nella pratica, perciocchè esse erano le più difficili a provarsi e le più lucrose.

596. Un rimprovero più fondato, ma che forse era impossibile l' evitare, si è che oggi, come sotto la dichiarazione del 1733, la necessità del buono o approvato non applicasi alle persone che hanno maggior bisogno, ai mercatanti, artigiani, coltivatori di campagna, lavoranti, vignajuoli, giornalieri e persone di servizio (codice civile articolo 1326-1280). Queste persone spesso sanno firmare senza sapere scrivere, e quindi richiedere qualche cosa al di là della loro firma sarebbe stato obbligarli a ricorrere al notajo per gli atti più semplici. Ma queste eccezioni, motivate dai bisogni del commercio, debbono cessare colla causa che dava ad esse origine. Ci riesce quindi impossibile approvare un arresto della corte di Parigi del 18 febrajo 1808, che dispensa dalla formalità i biglietti sottoscritti da un *ex-muratore*, come se la qualità di muratore possa sopravvivere all' esercizio di una tale industria. Di conseguenza la corte di Caen dichiarò con ragione [1] sottoposti alla regola ordinaria i biglietti sottoscritti da un antico calzolajo,

Nondimeno un atto commerciale nelle forme, sebbene sottoscritto da un non commerciante, non cade sotto l' applicazione dell' articolo 1326-1280. Se ciò non fosse, il codice di commercio avrebbe stabilito delle regole speciali per le lettere di cam-

(*) Unif.: Nouguier, *Lettere di cambio*, tomo 1, n. 502; Zachariae, § 756, n. 3; cassazione, 6 maggio 1816; Caen, 3 gennajo 1821. — *Il Traduttore.*

(1) Arresto del 15 dicembre 1824.

Digitized by Google

bio sottoscritte da semplici particolari. Questo venne deciso, sotto l'impero della dichiarazione del 1733, dalla corte di cassazione [1], e per quanto concerne la legislazione moderna, dalla corte di Montpellier, li 20 gennajo 1835. Quegli che sottoscrive un atto di questa natura è, per così dire, momentaneamente commerciante, perciocchè esso si sottopone alla giurisdizione commerciale ed all'arresto personale.

Ma la difficoltà è maggiore pei biglietti ad ordine sottoscritti dai non commercianti, biglietti che hanno, egli è vero, la forma commerciale, ma che non danno luogo all'arresto personale, e non traggono seco se non accidentalmente la competenza dei tribunali di commercio. La giurisprudenza stabilisce una distinzione esatta, sebbene assai delicata, tra il corpo stesso del biglietto ad ordine, che dev' essere rivestito di un buono o approvato, e la girata, che per un uso costante è svincolata da tale formalità. Due arresti di cassazione [2] hanno parimente annullato come contraria alla legge la decisione che dispensava da questa formalità il non negoziante soscrittore di un biglietto ad ordine, e la decisione che voleva sottoporre ad essa i giranti non negozianti[*].

597. La somma indicata nell'approvazione può essere diversa da quella espressa nel corpo dell' atto (*ibidem*, articolo 1327-1281). Il codice, consagrando la dottrina di Pothier [3], vuole che stiasi sempre alla somma minore. Quando la cifra espressata nell'approvazione sia superiore, si suppone che siavi errore in tale approvazione; quando, all'incontro, è inferiore, si suppone che il debitore abbia voluto restringere l' estenzione dell' obbligazione sua. Tuttavia in ciò non havvi che una regola sussidiaria d'interpretazione. Quando gli elementi della causa, per esempio un calcolo aritmetico, permetteranno di riconoscere quale sia la vera cifra, bisognerà starsi alla stessa, ancorchè fosse di molto superiore (lo stesso articolo 1327-1281).

598. L' omessione della precauzione richiesta per la regolarità del biglietto non può annullare la convenzione di cui questo biglietto è la pruova, quando siffatta convenzione possa essere stabilita con altri mezzi, principalmente colla confessione e col giuramento. Questa opinione po-

(1) Arresto di rigetto del 10 messidoro anno XI.

(2) 7 termidoro anno XI, e 27 gennajo 1812. Il primo di questi due arresti fu profferito sotto l' impero della dichiarazione del 1733, che avea preveduto formalmente il biglietto ad ordine; ma, come è stato riconosciuto da Merlin, nelle conclusioni che precedettero l'arresto del 1812 (*Repertorio*, v. *Biglietto ad ordine*, § 1, numero 5), la dottrina del codice su questo punto è assolutamente identica.

(*) È stato deciso che un avallo, dato ad un biglietto ad ordine da una donna non mercantessa, deve, per esser valido, essere rivestito del *buono* o *approvato* in lettere per esteso. Cassazione di Bruxelles, 6 marzo 1838. Vedi nello stesso senso Merlin, *Repertorio*, v. *Biglietto*, § 1, n. 9; Pardessus, Lettere di Cambio, tomo II, n. 316 e 317; Nouguier, *Lettere di cambio*, t. 1, n. 315; Zachariae, § 756; Nancy, 9 marzo 1818; cassazione, 18 febrajo 1822. Parigi, 20 marzo 1830. La formalità del *buono* o *approvato* è richiesta anche per gli atti che contengono un' obbligazione accessoria, quale sarebbe una fidejussione, come per quelli che racchiudono un'obbligazione principale. Merlin, op. e luogo citato, § 1, n. 8; Duranton, tomo, XIII, num. 175, Zachariae, *loc cit.*; cassazione, 21 agosto 1827, e 25 gennajo 1814; Orléans, 14 gennajo 1828. Vedi in senso contrario Parigi, 13 marzo 1816; Lione, 12 aprile 1832. — *Il Traduttore.*

(3) Trattato delle Obbligazioni, numeri 746 e 747.

Digitized by Google

teva essere sostenuta, anche sotto l'impero della dichiarazione del 1733, la quale voleva che i biglietti di questa natura fossero nulli e di nessun effetto. Potevasi pretendere che, non essendo i termini della legge applicabili al biglietto, la convenzione istessa non era colpita da una presunzione assoluta di frode, e che non era per nulla vietato farne la pruova, astrazion facendo da tale biglietto.

Oggi il dubio è in proposito minore, in presenza dei termini dell'articolo 1326-1280, il quale non riproduce la nullità, ma dice semplicemente: *Il biglietto dev' essere scritto di mano. . . Bisogna che sia scritto di sua mano*, ec. Or, la ragione e l' esperienza insegnano che la mancanza di approvazione può derivare da inavvertenza non meno che da frode. Guardiamoci bene dal fare spuntare sulla convenzione una nullità che non è neanco pronunziata dalla legge in proposito del biglietto, mentre il legislatore del 1733 vietava formalmente ai giudici di ordinarne il pagamento. Potrà dunque stabilirsi l' esistenza della convenzione unilaterale colla confessione, col giuramento, o sinanco colla pruova testimoniale, quando il valore non oltrepassi centocinquanta franchi.

Ma non dobbiamo noi forse spingerci più oltre, e poichè lo stesso biglietto non è colpito di nullità dalla legge moderna, vedere in esso un principio di pruova per iscritto, ed ammettere di conseguenza la pruova testimoniale, qualunque siasi il valore, onde stabilire la causa reale dell' obbligazione? Il biglietto non approvato è infatti per se stesso tale da rendere verosimile il fatto allegato (codice civile articolo 1347-1301). La frode può senza fallo aver luogo; ma, se essa esiste, si rileverà dalla pruova testimoniale che i giudici ordineranno altronde con cognizione di causa; se essa all' incontro non esiste, non sarebbe eminentemente ingiusto dichiarare nullo il biglietto, per motivo di una semplice inavvertenza? Questo era stato deciso, malgrado i termini della dichiarazione, da un arresto del parlamento di Parigi del 5 luglio 1748. Il sistema rigoroso stabilito nel 1733 poggiava sopra una reazione contro abusi affatto recenti. Sotto l' impero del codice civile, la giurisprudenza, che sembrava pronunziarsi dapprima per l'avviso più severo, è oggi fissata nel senso dell' opinione degli scrittori più esatti, i quali ritengono che il biglietto non approvato costituisca un principio di pruova per iscritto (1) (*).

599. Un'altra quistione che si eleva sulla forma delle scritture che comprovano un' obbligazione unilaterale, si è se queste scritture debbano regolarmente attestare la causa per la quale sono state sottoscritte, in guisa che in difetto di siffatta menzione, corra al creditore l'obbligo di provare l'esistenza della causa; ovvero se esse facciano piena pruova malgrado l'assenza di tale menzione, salvo al debitore provare che non esiste realmente causa dell' obbligazione. In pura teoria, questa quistione potrebbe muoversi relativamente ad un atto notarile non meno che relavamente ad un semplice biglietto. Ma, nella pratica, non può darsi che un

(1) Arresto di rigetto del 6 febrajo 1839 e del 26 febrajo 1845.

(*) Per dritto nostro la controversia non ha luogo, perciocchè l'articolo 1280, modificando il corrispondente articolo 1326 del codice francese, stabilisce espressamente che il biglietto non approvato vale come un principio di pruova per iscritto. —*Il Traduttore*,

Digitized by Google

atto autentico non indichi la causa per la quale il debitore si obbliga. Noi abbiamo quindi ragione di riguardare la quistione come speciale, in fatto, alle scritture private. Essa dovrebbe altronde ricevere la stessa soluzione se si tratttasse di un atto autentico.

600. Coloro che opinano che spetta al creditore provare la causa, quando essa non sia nel biglietto indicata, invocano in loro favore l' autorità del dritto romano. Essi non possono però fondarsi sulle forme abitualmente usate in Roma per contrarre un'obbligazione unilaterale. La maniera stessa in cui è concepita la *stipolazione*, che comprova per lo più le obbligazioni di questa natura: *Centum dare spondes? — Spondeo;* esclude evidentemente la necessità di una simile indicazione. Chiunque era regolarmente obbligato, reputavasi che non si fosse obbligato senza causa. Ma il dritto pretoriano permetteva al convenuto di allegare l'eccezione *non numeratae pecuniae;* eccezione nella quale, per motivi affatto particolari, come da noi si è veduto (1), gettavasi sull' attore il peso della pruova. Questa inversione di parti non derivava però dalla circostanza che la causa non era stata indicata, bensì da una presunzione di frode, la quale sussisteva anche in presenza di tale menzione, almeno sino ai tempi di Giustino. Si fu quest'imperatore che volle il primo che la menzione della causa ristabilisse la presunzione in favore del creditore.

« Generaliter sancimus (2) ut, si « quid scriptis cautum fuerit, pro « quibuscumque pecuniis ex ante« cedente causa descendentibus, eam« que causam specialiter promissor « edixerit, non jam ei licentia sit « causae probationem stipulatorem « exigere, cum suis confessionibus « acquiescere debeat: nisi certe ipse « e contrario apertissima rerum ar« gumenta scriptis inserta, religio« nem judicis possit instruere, quod « in alium quemquam modum, et « non in eum quem cautio perhi« bet, negotium subsecutum sit. Ni« mis enim indignum esse judica« mus, quod sua quisque voce di« lucide protestatus est, id in eam« dem causam infirmare, testimonio« que proprio resistere. »

A questa legislazione appartiensi il testo sì spesso citato che è inscritto sotto il nome di Paolo nel digesto, nella legge 25, § 4, *de probationibus:* « Sin autem cautio indebite ex« posita esse dicatur, et indiscrete « loquitur, tunc eum in quem cau« tio exposita est, compelli debitum « esse ostendere, quod in cautionem « deduxit: nisi ipse specialiter, qui « cautionem exposuit, causas expla« navit pro quibus eamdem con« scripsit: tunc enim stare eum o« portet suae confessioni, nisi evi« dentissimis probationibus in scri« ptis habitis ostendere paratus sit, « sese haec indebite promisisse. »

Lo stile di questo testo annuncia evidentemente un' aggiunzione. Le espressioni: *cautio indebite exposita, indiscrete loquitur, indebite promisisse, etc.*, appartengono alla lingua del Basso Impero. La distinzione alla quale pretendesi che Paolo faccia allusione, tra il caso in cui la causa sia indicata e quello in cui il biglietto *indiscrete loquitur*, è presentata da Giustino, giusta quello che abbiamo or ora veduto, come un'innovazione. Finalmente la restrizione che richiede delle pruove scritte, *evidentissimis probationibus in scriptis habitis*, è assolutamente estranea

(1) Vedi il numero 43.
(2) Legge 13, cod. *de non numerata pecunia.*

Digitized by Google

alle risposte dei giureconsulti classici, ed è stata senza alcun dubio inserita posteriormente nel testo. Il preteso frammento di Paolo non è quindi altro che una seconda edizione della costituzione di Giustino. Or, questa costituzione non era essa medesima che una modificazione arrecata al principio eccezionale, il quale autorizza colui che allega l'eccezione *non numeratae pecuniae*, a riversare la pruova sull' avversario.

Presso di noi questo principio eccezionale, come abbiamo detto (1), non esiste più sin da molto tempo: « Eccezione di denaro non numerato « non ha luogo, » dice Loisel (2). Siccome la menzione della causa non era utile ad altro che ad invertire le parti che quest' antica eccezione traeva seco, è evidente che, essendo questa regola speciale scomparsa dal nostro dritto consuetudinario, la modificazione arrecata al principio dovette sparire col principio stesso (3).

601. Il codice civile, al capitolo della pruova delle obbligazioni, è muto relativatamente alla pruova della causa. Ma più sopra, nella sezione in cui esso tratta specialmente della causa, si legge (articolo 1132-1086): « La convenzione non lascia di esser « valida, quantunque non se ne sia « espressa la causa.» Quest' articolo vuole esso dire che la validità della convenzione non è subordinata all'espressione della causa? Ma qual dubio di rilievo poteva elevarsi in proposito? La validità della convenzione non è neanco subordinata all'esistenza del biglietto, il quale non è altro che la pruova della convenzione medesima. Le espressioni del legislatore per avere un senso debbono riferirsi alla validità dell' atto che prova la convenzione. Or, questa validità può forse essere altra cosa che la fede, sino a pruova contraria, in favore del creditore? La discussione del consiglio di Stato, sebbene molto confusa, si versò esplicitamente sulla forza probante del biglietto. L' articolo 1132-1086 fa quindi allusione a cotale forza. Questa presunzione è per altro in armonia col principio costante che il dolo o l'errore non si presumono, e che di conseguenza chiunque sottoscrive un' obbligazione, presumesi che l'abbia sottoscritta scientemente, finchè non si dimostri il contrario. Egli è vero che mettesi innanzi la pretesa impossibilità in cui trovasi il debitore di provare una proposizione negativa: ma noi qui non possiamo far altro che riportarci agli sviluppi da noi dati (4) nel trattare specialmente questo punto, senza dimenticare la modificazione da noi indicata nell'applicazione, la quale consiste nell'obbligare il creditore, non a provare la causa, ma ad indicarla, affinchè il debitore possa fare la pruova della sua inesistenza. Per quanto concerne la facoltà di dissimulare in tal modo l' esistenza di una causa illecita, è agevole rispondere che in fatto, le cause di tal natura si rivelano facilmente, e che i tribunali hanno sem-

(1) Vedi il numero 53.

(2) Instituzioni di dritto consuetudinario, libro V, titolo II, § 6.

(3) L'eccezione non *numeratae pecuniae* era stata momentaneamente ristabilita relativamente agl'israeliti dall'articolo 4 del decreto del 17 maggio 1808, così concepito: « Non potrà esigersi alcuna lettera « di cambio, alcun biglietto ad ordine, al« cuna obbligazione o promessa, sottoscritta « da uno de'nostri sudditi non commercianti « in favore di un israelita, se prima il la« tore non provi essersene somministrato « il valore per intero e senza frode.»

(4) Vedi il numero 38 e seguenti.

Digitized by Google

pre un potere assoluto per dichiarare nulla l'obbligazione, o per ridurne l'ammontare, come fece la corte di Bordeaux, li 17 dicembre 1849.

602. Esiste una opinione media, attinta da taluni arresti di nostri antichi parlamenti, rammentata nella discussione del consiglio di Stato, ed ammessa anche oggi da gravi scrittori. Secondo quest' opinione, di cui la prima traccia rinviensi nel commentario di Danty sopra Boiceau [1], bisognerebbe distinguere tra il caso in cui il soscrittore del biglietto avesse detto: *Io riconosco di dovere*, riconoscimento che racchiuderebbe la confessione di una causa, e quello in cui avesse detto: *Io prometto pagare*, il che non indicherebbe colla stessa chiarezza l'esistenza di un debito. In quest' ultimo caso soltanto o in casi simili la pruova incomberebbe al creditore. Ma Danty confessa che molti scrittori respingevano questa distinzione, la quale non era affatto ammessa da Boiceau, il quale adopera precisamente le espressioni, *Fateor me debere*, per indicare l'ipotesi in cui la scrittura non sia *causata*, se pure è lecito adoperare il linguaggio barbaro della pratica.

Ma, siasi qualunque l'autorità che ha immaginato questa distinzione, bisogna confessare che essa è ben frivola. Forse colui che promette pagare non riconosce implicitamente di essere debitore? e colui che riconosce di essere debitore vuol forse fare altra cosa che obbligarsi a pagare? Se la menzione è necessaria, ed allora confessare il debito, non importa affatto esprimerne la causa; se la menzione è superflua, allora le due formole, *io riconosco di dovere* e *io prometto pagare*, hanno un valore identico. Adottata da numerosi arresti di corti di appello, la teorica che mette il peso della pruova a carico del debitore(*), è stata di recente consagrata da un arresto di cassazione del 16 agosto 1848. Ai termini di quest'arresto, risulta dall' articolo 1132-1086 del codice « che, sebbene non siasi in un'obbligazione espressa la causa, pure debbesi presumere che essa esista e che sia lecita, a meno che non sia provato il contrario; che da questo segue che, colui contro del quale spingesi l'esecuzione di una tale obbligazione, quando pretenda o non esservi causa, o che la causa sia falsa od illecita, deve apprestarne la pruova(**). » Trattavasi nella specie di un biglietto che diceva, non *io riconosco di dovere*, ma *io pagherò* (2).

(1) Addizioni al capo III del libro I.

(*) Nel testo trovasi *créancier*, ma dall'intero contesto rilevasi ad evidenza che questo dev'essere un errore di stampa, dovendovisi invece sostituire la parola *debitore*. — *Il Traduttore*.

(**) Unif.: Bourges, 15 messidoro anno IX; Parigi, 20 fiorile anno X; Rennes, 24 agosto 1816; Liège, 19 febrajo 1824; Bourges, 12 febrajo 1825; Agen, 3 luglio 1830; Cassazione, 29 agosto 1832; Nancy, 25 aprile 1833; Nimes, 17 dicembre 1849, (*Journal du Palais*, t. 2, 1850, pag. 14); Toullier, t. 6, num. 175; Merlin, *Quistioni di dritto*, v. *causa delle obbligazioni*; Delaporte, *Pandette francesi*, sull'art. 1132; Rolland de Villargues, *Repertorio del notajo*, v. *causa delle obbligazioni*, num. 63 (2 ediz.); Marbeau, *trattato delle Transazioni*, num. 158; Denisart, Repertorio, v. Billet. Vedi in senso contrario: Duranton, *delle controscritture*, tomo 1, num. 37, Delvincourt, tomo 2, pag. 687; Favard, *Repertorio*, v. *Convenzione*, sezione 2, § 4, num. 1; Slon, *delle Nullità*, tomo 1, num. 511 e seguenti; Zachariae, tomo 2, § 345, ed i suoi annotatori Aubry e Rau *ibid*. Dalloz 1833, 2, 34, nota 2; Corte suprema di Napoli, arresto del 1 dicembre 1849, nella causa Ravenna, Verdesca ed altri (Gazzetta dei Tribunali, numero 440, pag. 185). — *Il Traduttore*

(2) Vedi nello stesso senso una dissertazione speciale del signor Dejaër, nella *Rivista straniera e francese*, tomo VIII, pagina 929.

Digitized by Google

603. Passiamo ora alla pruova per mezzo di private scritture delle convenzioni sinallagmatiche.

Ben prima del secolo XVIII erasi riconosciuto che, quando i due contraenti sono creditori e debitori ad un tempo, conviene stendere l'atto in doppio, onde dare a ciascuno di essi il mezzo di provare la convenzione. La *carta-divisa* [*charte-partie*, contratto di noleggio], colla quale stabilivasi anticamente il noleggio delle navi e di cui rinviensi tuttora il nome nel nostro codice di commercio [articolo 273], era un atto steso sopra un foglio di carta o di pergamena, del quale ciascuna delle parti conservava la mettà; le due mettà erano in prosieguo ravvicinate, quando trattavasi di domandare l'esecuzione del contratto. Quest'uso sarebbe vizioso se l'atto non fosse scritto per intero sopra ciascuna mettà; perciocchè se una delle due mettà dell'atto fosse soppressa dalla parte che la possedesse, riescirebbe di molto malagevole provare il contenuto dello scritto coll'aiuto dell'altra sola mettà. Bisogna mettere a disposizione di ciascuna delle parti un originale completo, e questa pratica è la sola usitata sin da lungo tempo.

In Inghilterra, si sono chiamate *atti dentellati* le scritture fatte in tanti originali quanti sono i contraenti. Si pongono tali originali gli uni sopra degli altri, e si tagliano in testa o di fianco in forma di denti che si corrispondono, onde verificarne agevolmente l'identità. L'atto che comprova un'obbligazione unilaterale, chiamasi per l'opposto atto *tosato* o *rasato*, ovvero atto semplice (1). Ma la redazione in doppio originale non è che una precauzione, di cui l'omessione non può compromettere la validità della scrittura (2).

604. Avveniva lo stesso in Francia, prima che un arresto del parlamento di Parigi, del 30 agosto 1736 (3), avesse, sotto pena di nullità, richiesto non solamente che l'atto comprovante una vendita fosse fatto in doppio, ma benanco che esso esprimesse la circostanza d'essere stato redatto in doppio: perciocchè, nella specie i due originali erano esibiti; non si era omessa che la formalità. Molti arresti conformi vennero a consolidare cotale teorica, che si ritenne alla fine come costante, sebbene non fosse stata sanzionata da alcuna ordinanza dei nostri re.

La teoria del doppio originale, quale essa era in quel tempo formulata, aveva un rigore assolulamente irragionevole. Sembra infatti che il parlamento, se si presta fede al signor di Grainville [4], abbia confuso l'atto scritto colla convenzione di cui esso è la pruova. « Un atto è « assolutamente necessario, dice e« gli, per comprovare che vi è stata « tra le parti. È stabilito dal prin« cipio naturale delle obbligazioni « che, se l'atto è sotto firma pri« vata, dev'essere redatto in dop« pio originale quando contenga con« venzioni reciproche: se una del« le parti o entrambe poteron sot-

(1) Blackstone, libro II, capo XX.

(2) Blaxland, *codex rerum Anglicarum* pag. 493.

(3) Sembra tuttavia che questa giurisprudenza abbia tratto l'origine sua al Castelletto, quel santuario della vecchia pratica. « Taluni di quei signori che avevano servito al Castelletto attestarono che questi principii erano ivi invariabilmente seguiti.» Tali sono le espressioni del signor Grainville, uno dei magistrati che concorsero all'arresto del 1736.

(4) Vedi nel Repertorio di Merlin, v. *Double écrit*, i suoi sviluppi in sostengno dell'arresto del 1736.

Digitized by Google

« trarre la pruova che l'atto fu fatto « in doppio, l'atto è nullo e non « può provare che vi sia stata una « convenzione; esso non ha formato « alcuna obbligazione tra le parti.» Ma ove si è veduto che sia vietato ad una delle parti contraenti di mettersi in balìa dell' altra (1)? Può mai considerarsi come una nullità la difficoltà di fatto che provasi nel giustificare una convenzione che non è stabilita da una scrittura? Anche ammettendo l'idea fondamentale di questa teoria, supponendo che la scrittura, per esser valida, debba poter servire di titolo all' una non meno che all'altra parte, è impossibile subordinare la validità intrinseca della convenzione a questa uguaglianza di posizione tra' contraenti.

Il signor di Grainville prosegue l'esposizione della sua teoria, onde giustificare l'assoluta necessità della menzione che l'atto è stato fatto in doppio.

« Non è difficile applicare questi « principii alla mancanza di enun- « ciazione di *fatto in doppio* nei due « atti. L'una o l'altra delle parti po- « teva sopprimere il suo originale; « quegli che avrebbe voluto eseguire « non aveva alcun mezzo per provare « che esso era stato fatto in doppio, « e che per conseguanza il vincolo « era obbligatorio e reciproco . . . « Egli è vero che i due originali e- « rano esibiti, ma questa esibizione « non rettificava la mancanza d'enun- « ciazione che gli atti erano stati fatti « in doppio. Questa esibizione non da- « va all'atto il carattere che esso non « aveva. Esso era nullo nella sua « origine, perciocchè nè l' uno nè « l'altro di questi originali dava alle « parti la pruova che la convenzione « era reciproca e per conseguenza « obbligatoria.»

Questo ragionamento non è altro che l'applicazione agli atti sotto firma privata della regola catoniana, tendente o sottometterne la redazione a solennità rigorose, delle quali non v'ha cosa che possa coprire l'omessione. Uniformemente ai principii stabiliti da questo magistrato, il parlamento di Parigi decise nel 1767, che l'esecuzione volontaria non poteva coprire la mancanza della menzione, e nel 1785, che l'esistenza medesima della menzione non bastava per la regolarità dell' atto, quando si fosse giunto a provare che esso non era stato realmente redatto in doppio: decisioni perfettamente conseguenti, ammessa una volta la nullità radicale della convenzione per ragione di non essere stata comprovata nelle forme richieste.

605. Ma questa nullità della convenzione, la quale poggiava esclusivamente sopra una confusione di principii, non è stata riprodotta dall'articolo 1323-1289 del codice civile. « Le scritture private le quali con- « tengono convenzioni sinallagmati- « che debbono esser fatte in tanti « originali quanto sono le parti che « vi hanno un interesse distinto. Basta « un solo originale per tutte le per- « sone che vi abbiano un interesse « medesimo. In ciascun originale dee « farsi menzione del numero degli « originali che si son fatti. Ciò non « ostante la mancanza della menzione « che gli originali siano stati fatti in « doppio, in triplo, ec., non può

(1) Sotto la stessa veduta, ai nostri giorni, taluni arresti (Angers, 27 agosto 1829; Lione, 27 giugno 1832) hanno dichiarato nulla una promessa unilaterale di vendita, perchè non eravi vincolo da ambe le parti; come se fosse necessario che un contratto, per esser valido, sia sinallagmatico (vedi all'incontro, rigetto del 12 luglio 1847; Parigi, 26 agosto 1847).

Digitized by Google

« essere opposta da colui che abbia « per parte sua eseguito la convenzione contenuta nell'atto [*].»

Il legislatore dichiara che gli atti non fatti in doppio non saranno validi. Ma egli non tocca per nulla il principio che la convenzione può sempre essere comprovata con qualunque altro mezzo di pruova legale, quando la perfezione di quella non sia stata subordinata alla redazione della scrittura. Questo è quello che risulta nitidamente dall'ultimo comma dell'articolo, il quale vuole che la mancanza della menzione del doppio originale sia coverta dall'esecuzione. E siccome questa menzione non è richiesta che come pruova che l'atto è stato realmente fatto in doppio, si decide con ragione [1] che anche la mancanza degli originali trovasi coverta da questa esecuzione, che produce l' effetto attribuito dal dritto comune a qualunque verificazione volontaria [codice civile articolo 1338-1292]. Ma l' arresto del 1676, che negava qualunque effetto all' esecuzione volontaria, non era che un corollario di quello del 1736, che pronunziava la nullità dell'atto in mancanza di menzione, sebbene i due originali fossero stati esibiti. Queste due decisioni erano le conseguenze del principio che trasformava la scrittura privata in un atto solenne, fuori del quale non potevansi ricercare gli elementi necessarii per le validità della convenzione. La confezione di un doppio originale era richiesta a sua volta, come il solo mezzo legale di certificare questa confezione, nello stesso modo come se si fosse trattato di un atto notarile. Nel rigettare una delle conseguenze del principio, il codice civile non ha esso rigettato il principio medesimo? Non debbesi quindi ammettere che la menzione del numero degli originali non è richiesta che per la pruova; e che se i due originali vengono esibiti, come avvenne nella specie del 1736, dovrassi oggi eseguire la convenzione, perciocchè addimostrasi coll'evidenza del fatto che le parti sono state in una uguale posizione (2)?

Nondimeno, se i redattori del codice civile non hanno, come il parlamento di Parigi, fatto estendere la nullità dell'atto alla stessa convenzione, essi hanno però conservato l'idea fondamentale della teoria degli originali, la quale non accorda forza alla scrittura se non quando abbia potuto servire di titolo egualmente ad entrambe le parti contraenti [3]. È questa una protezione eccessiva accordata a persone di età maggiore contro la possibilità di una frode; protezione che può essa medesima dar luogo a frodi contro coloro i quali, ignorando la legge, credono l'altra parte validamente obbligata dalla sua firma apposta sopra unico originale. Oggi nondimeno questa teorica dà luogo più raramente ad inganni, perciocchè essa è estremamente conosciuta. Noi dobbiamo benanco aggiungere che parecchie legislazioni straniere, che hanno mo-

(*) Il nostro articolo 1279 aggiunge la seguente disposizione: « Se la scrittura sinallagmatica abbia le sottoscrizione delle « parti, ma manchi alcuno degli originali, « o la menzione del numero di quelli che « si sono fatti, potrà valere come principio di pruova per iscritto » — *Il Traduttore.*

(1) Cassazione, 15 febbrajo 1814.

(2) Vedi un arresto della corte di Grenoble del dì 8 aprile 1829.

(3) Se l'atto non redatto in doppio fosse stato depositato presso un notajo onde servire di titolo alle due parti l'eguaglianza si troverebbe rimessa e vi sarebbe pruova regolare della convenzione (rigetto del 20 dicembre 1830 e del 25 febrajo 1835).

Digitized by Google

dificato in molti punti il nostro codice civile, hanno riprodotto il suo sistema in questa materia (1).

606. Siccome la teoria degli originali tende, come si è veduto, a conservare l'eguaglianza di posizione tra' contraenti, si è mosso dubio se questa eguaglianza possa sussistere nel caso in cui si conceda qualche forza all'originale, presunto unico per ragione della mancanza della menzione del *fatto in doppio*, che sia presentato da una delle parti? Dovrassi o pur novedere in quest'originale un principio di pruova per iscritto, onde ammettere principalmente la pruova testimoniale (*)?

Noi non ci fermeremo sopra un argomento di poco rilievo sul quale fondasi Toullier per sostenere l'affermativa (2), allorchè esso fa osservare che l'articolo dichiara gli atti *non validi*, e non mai *nulli:* distinzione impercettibile, alla quale non si può attribuire importanza di sorta, perciocchè la parola *valido* è costantemente opposta alla parola *nullo* nelle disposizione delle nostre leggi (codice civile articolo 48 e 170) (**).

Ma se l'atto non è valido, può farsi rientrare nell'articolo 1347-1301, che considera come principio di pruova per iscritto qualunque scrittura proveniente dal convenuto e che rende verosimile il fatto allegato?

Per sostenere la negativa si fa osservare che secondo la presunzione della legge, l'atto non fatto in doppio non dev'essere considerato se nonchè un semplice progetto, e che non potrebbesi ammettere che un tale atto faccia fede se non quando una tale fede fosse completa: il che è perfettamente opposto al sistema legale. È troppo chiaro, si aggiunge, che la parte la quale potesse impadronirsi dell'atto, onde afforzarlo colla pruova testimoniale o con semplici presunzioni, avrebbe un immenso vantaggio sull'altra, la quale si troverebbe nell'impossibilità di fare uso della stessa facoltà: in questa guisa troverebbesi necessariamente rotto quell'equilibrio che il legislatore volle stabilire.

Questa opinione è la più strettamente logica, ma io dirò volentieri coi giureconsulti romani (3): *Haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum*. Se ci riportiamo al semplice buon senso, è impossibile non riconoscere nell'atto non isteso in doppio *una scrittura derivante dal convenuto e che rende verosimile il fatto allegato*. Semplice progetto, sia! Ma può benissimo trarsi profitto da una nota che annunzii un semplice progetto, per provare in seguito per mezzo di testimonii che il progetto indicato siasi posto in esecuzione. Un atto *non valido* può quindi servire di principio di pruova per iscritto, poichè l'articolo 1347-1301 parla di una semplice verosimiglianza di fatto, indipendentemente da ogni condizione di dritto. Ad ogni modo poi è sempre meglio lasciare ai giudici la facoltà di valutare i fatti,

(1) Vedi il codice olandese, art. 1914, ed il codice sardo, articolo 1432.

(*) Questa quistione, è stata testualmente risoluta dal nostro codice, di cui l'articolo 1279 aggiunge: « Se la scrittura sinallagmatica abbia le sottoscrizioni « delle parti, ma manchi alcuno degli originali, o la menzione del numero di quelli che si sono fatti, potrà valere semplicemente come principio di pruova per iscritto.» La stessa soluzione è data dall'articolo 1432 del codice sardo. — *Il Traduttore.*

(2) Tomo VIII, num. 318.

(**) La parola *valido* nel senso cennato del Bonnier, ritrovasi nell' art. 49 della prima parte del nostro codice. — *Il Traduttore.*

(3) In l. legge 20 dig. *de reb. cred.*

Digitized by Google

anzichè attingere mezzi di inammessibilità nelle conseguenze, più o meno dirette, di una teoria controversa. Nella pratica le corti di appello sono divise su questa quistione, che la corte di cassazione non ha avuto occasione di decidere *in terminis*. Secondo i codici recenti di Olanda e di Sardegna, si riconosce nell'atto un principio di pruova per iscritto.

607. Checchè ne sia, se la convenzione potè essere subordinata alla redazione di una scrittura, essa potè anche benissimo essere indipendente da una tale redazione. In questa ipotesi dev'essere lecito all'attore, come abbiamo detto, almeno dalla promulgazione del codice a questa parte, lasciar da canto la scrittura, e usare di quei mezzi di pruova che sono a lui sempre riservati come ultimo scampo, dell'interrogatorio e del giuramento. Nondimeno si è qualche volta sostenuto che anche questo importava violare l'eguaglianza di posizione tra le due parti, perciocchè colui cui venisse opposto uno scritto rivestito della sua firma, non oserebbe giurare di non essere obbligato. Ma quand'anche fosse vero che il giuramento si rendesse moralmente impossibile, l'eguaglianza di posizione delle parti non sarebbe alla fin fine che morale e non mai legale, perciocchè la sorte del convenuto sarebbe sempre nelle sue mani. Havvi di più: l'obbligazione è sinanco mal fondata perciocchè quegli che dice non altro avere sottoscritto che un progetto, può con tutta serenità di coscienza, quando l'asserzione sua sia vera, giurare che egli non ha inteso contrarre obbligazione. Del resto è impossibile che la parte che possiede un atto del quale essa rinunzia di giovarsi, trovisi in una condizione inferiore a quella della parte che non potrebbe invocare cosa alcuna in suo favore (1).

608. La dottrina moderna, al pari dell'antica, applica la necessità del doppio originale alla sola pruova dei contratti sinallagmatici, cioè a quelli che producono obbligazione da entrambe le parti. Pure non bisogna attenersi alla denominazione dell'atto, ma alla natura dell'obbligazione che ne risulta. Se quindi siasi qualificato come vendita un contratto dove havvi quietanza del prezzo, è ben chiaro che il solo acquirente ha interesse ad un originale in poter suo, poichè il venditore è completamente liberato, nè altro rimane che un'obbligazione unilaterale [2].

Ma avverrebbe lo stesso nel caso inverso, se un atto, unilaterale di sua natura, generasse in fatto delle obbligazioni reciproche? Tali sono i contratti chiamati *sinallagmatici imperfetti*, il mandato, il pegno ec., i quali in principio non obbligano altri che il mandatario, o il creditore possessore del pegno, ma che possono dare origine in prosieguo ad obbligazioni pel mandante o pel debitore. Nulla di più prudente senza dubio pel creditore o pel mandatario che farsi consegnare un originale; ma l'articolo 1325-1279 non lo impone, perciocchè esso non parla che dei contratti sinallagmatici, nè havvi alcuna disposizione delle nostre leggi che permetta di comprendersi in questa classe i contratti sinallagmatici imperfetti, i quali sono modificazione dei contratti unilaterali. La teo-

(1) Secondo un uso confermato da un arresto della corte di Bordeaux del 16 dicembre 1844, basta che l'originale consegnato ad una delle parti porti la firma dell'altra.

(2) Montpellier, 20 giugno 1828; Bordeaux, 30 gennaro 1834.

Digitized by Google

ria degli originali, quand'anche possa avere qualche utilità, è sempre nondimeno una dottrina eccezionale che non può estendersi ai casi non preveduti (*).

609. Finalmente l'applicazione di questa teorica è incompatibile colla celerità e la semplicità che distinguono le operazoni commerciali. Egli è vero che taluni arresti (1) hanno richiesto il doppio originale anche in materia di commercio; ma la gran maggioranza degli scrittori [2] disapprova questa teorica, almeno nella sua generalità [**]. È infatti difficile a credersi che abbiansi voluto sottoporre le scritture private ad una certa forma in materie in cui essendo la pruova testimoniale illimitatamente ammessibile [codice di commercio articolo 139(***)], le restrizioni alle quali si annette la maggiore importanza nelle materie ordinarie, sono completamente escluse. La legge ha avuto cura di rammentare [*ibidem*, articolo 39-32] che le società in nome collettivo o in commandita, stabilite con iscritture private, debbono essere redatte uniformemente all' articolo 1326-1280 del codice civile. Debbesi applicare la medesima decisione a taluni contratti commerciali sinallagmatici, come quello di assicurazione marittima, i quali, sottoposti alla redazione per iscritto, debbono rientrare nelle prescrizioni del dritto comune (3). Ma non potrebbe avvenire lo stesso delle operazioni usuali, come la vendita, per le quali la legge ha lasciato alle parti tutta la latitudine.

610. Quello che non ammette dubio si è che dinanzi la giurisdizione consolare è lecito prendere in considerazione qualunque specie di scrittura. È peraltro naturale che la corrispondenza sia un modo di pruova regolare pei commercianti, i quali sono obbligati di porre in fascicoli le lettere missive che ricevono e di copiare sopra un registro quelle che spediscono [codice di commercio articoli 8-17 e 109-108].

Avviene forse lo stesso innanzi la giurisdizione civile? La ragione del dubio traesi precisamente dalla teorica degli originali. Niun articolo del codice civile, si dice, indica in modo speciale la corrispondenza, come l'ha fatto l'articolo 109-108 del codice di commercio. Ma è fuor di dubio che le vendite, anche verbali, oggi non meno che nei tempi andati, sono perfettamente valide. Il doppio originale non è richiesto, anche giusta lo stesso testo della legge, se non quando le parti fanno un atto sotto firma privata. Quando esse trattano per corrispondenza, non possono mai obbligarsi a forme che ripugnano alla natura delle lettere missive. Altronde non eravi ragione per diffidare della corrispondenza, come diffidasi dei testimonii; il che

(*) Questa è parimente l'opinione di Duranton, tomo XIII, num. 150; Delvincourt, tomo II, num. 268; Toullier, tomo VIII, num. 326; Zachariae, § 756; Cassazione, 26 ottobre 1808. — *Il Traduttore.*

(1) Colmar, 28 agosto 1816; Lione, 18 dicembre 1826.

(2) Vedi anche un arresto della corte di Trèves, del 30 maggio 1810.

(**) Quand'anche l'atto abbia luogo fra non commercianti. Toullier, tomo VIII, numero 342. Duranton, tomo XIII, numero 149; Zachariae, § 750; Pardessus nel suo *corso di dritto commerciale*, t. 1, num. 245, sembra che ammetta l'eccezione in parola soltanto relativamente alle convenzioni intervenute tra commercianti. — *Il Traduttore.*

(***) Vedi la mia nota sotto il n. 109.

(3) Se ordinariamente la polizza di assicurazione non è redatta in doppio originale, ciò avviene perché il prezzo è pagato in contanti, e quindi in tal caso (numero 608) il contratto diventa unilaterale (vedi un arresto di rigetto del 19 novembre 1816).

Digitized by Google

viene indicato ben chiaramente dall'articolo 1351-1309 del codice civile, che dichiara inutile l'allegazione di una confessione *puramente verbale*, quando trattisi di una domanda per la quale la pruova testimoniale sarebbe inammessibile. È adunque permesso di stabilire l'esistenza di una vendita d'immobili per mezzo di lettere del venditore e del compratore prodotte in giudizio (1) [*].

§ 3. *Fede in faccia ai terzi.*

611. Non può mettersi in dubio che la scrittura privata, quando la sincerità di essa sia legalmente stabilita, abbia, in faccia a coloro che l'hanno sottoscritto, la stessa fede dell'atto autentico. Ma l'articolo 1322-1276 le accorda quest'autorità tra coloro che l'anno sottoscritto e tra' loro eredi e *aventi causa*. Gravi difficoltà si muovono su questa disposizione, posta in confronto con quella dell'articolo 1328-1282, la quale vuole che le scritture private non facciano fede della loro data in faccia ai *terzi*. Chi sono quelli che debbono considerarsi come terzi? Parliamo dapprima dei successori ed aventi causa a titolo universale; indi affronteremo la tanto dibattuta quistione degli aventi causa a titolo particolare.

612. I successori a titolo universale sono stretti da tutte le obbligazioni sottoscritte durante la vita dell'autore loro: essi non hanno, di conseguenza, alcun interesse ad impugnare la data della scrittura, perchè essi sono legati dalla firma del defunto, quando sia ben comprovata, qualunqne siasi l'epoca della sua vita in cui la stessa sia stata data. Ma, quando l'autore loro sia stato colpito d'una incapacità, la quale non gl'impediva in fatto di sottoscrivere atti, per esempio, se sia stato interdetto, sembra che gli eredi abbiano il dritto di chiedere dal latore della scrittura la dimostrazione di una data certa, anteriore all'interdizione pronunziata. E per via di conseguenza, bisognerebbe dire che lo stesso interdetto, in vita sua, possa ricusarsi ad eseguire delle obbligazioni delle quali non si possa provare l'anteriorità all'epoca in cui l'incapacità sua sia cominciata. Altronde gli eredi non sono gli aventi causa del defunto, egli non è l'autore loro, se non in quanto aveva il dritto di contrattare. Lo stesso incapace non è, se così può dirsi, il suo proprio avente causa che per gli atti da lui sottoscritti prima di divenire incapace. Spetterebbe quindi al creditore, che spiega la parte di attore, stabilire che la data della scrittura sia anteriore all'avvenimento che ha cambiato la posizione del sottoscrittore.

Tali sarebbero le conseguenze rigorose alle quali dovrebbesi effettivamente pervenire, se la teoria relativa alla certezza della data fosse uno di quei principii di ragione che dominano la scienza, ed ai quali debbesi

(1) Arresto di rigetto del 26 gennajo 1842.

(*) Gli scrittori e la giurisprudenza sono d'accordo nel ritenere valida la vendita consentita per mezzo di lettere missive. V. Dallez, v. *vendita*, capo 1, sezione 1, articolo 1, numero 6; Pardessus, numero 250; Delvincourt, tomo 3, pagina 133; Rolland de Villargues, numero II; Duvergier vendita, tomo 5; Troplong, *vendita*, n. 21 e seguenti; Raccolta periodica, 1825, 2, 34; cassazione, 11 glaciale, anno XIV; Rennes, 28 marzo 1815; Caen, 7 agosto 1820. — L'avviso contrario venne sostenuto da un arresto della corte di Poitiers, delli 11 ventoso anno X. Se ne può leggere la confutazione in Troplong, *loc. cit.*—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

senza esitazione dare tutta quella estenzione della quale sono capaci nell'applicazione. Ma questa necessità di una data certa in faccia ai terzi non è altro che una precauzione la quale, sconosciuta per molto tempo in giurisprudenza, non venne introdotta nel nostro dritto che per considerazioni di utilità pratica. Bisogna quindi vedere quali siano gl'interessi che hannosi voluto tutelare nello stabilire questa teorica. Or, consultando gli arresti e gli scrittori, è facile riconoscere che lo scopo proposto è stato di proteggere i terzi propriamente detti, cioè quelli che trattano colle parti contraenti, contro il pericolo di antidate, inserite posteriormente in frode dei loro dritti. Ma per terzi non si sono mai intesi, nè gli eredi di cui l'autore sia stato colpito d' incapacità durante una parte della sua vita, nè principalmente l'incapace medesimo. Si è sempre voluto che, nei rapporti del creditore col soscrittore dell' atto o coi suoi eredi, non vi fosse necessità di dare alla scrittura una data certa: altrimenti sarebbe impossibile avere la menoma sicurezza, quando si contrae con una persona senza fare le spese del registro, perciocchè da un momento all' altro questa persona può divenire incapace. E per riparare ad una frode eccezionale, nel caso in cui l' incapace avesse soscritto atti antidatati, senza potersi riconoscere l'antidata, si cadrebbe nell'immenso inconveniente di annullare una scrittura anteriore all'incapacità, ma senza che la data ne sia legalmente stabilita. Una teoria concepita in un interesse interamente pratico non deve ricevere un'estenzione che l' utilità pratica disapprova. Finalmente, gli eredi dell' incapace, avendo in generale con esso dei rapporti ben più intimi dei terzi, hanno maggiore facilità per istabilire l' antidata, che può sempre essere comprovata con cognizione di causa (1).

613. Ma, i successori a titolo particolare, debbono essere considerati come gli aventi causa del soscrittore della scrittura privata, ovvero come terzi? E precisamente (perocchè è su questa specie tanto semplice che si sono elevate le più vive controversie) potrà opporsi all' acquirente di un immobile, che dimostra il suo dritto con un atto avente data certa, una scrittura non registrata, dalla quale risulti una vendita anteriore dello stesso immobile, in vantaggio di un'altra persona?

Toullier [2] ha sostenuto ostinatamente l'affermativa, fondandosi sulla lettera dell' articolo 1322-1276, il quale parla degli eredi ed aventi causa, senza distinguere se trattisi di aventi causa a titolo particolare o a titolo universale. Or, l' acquirente è l'avente causa del suo venditore; dunque gli atti fatti dal venditore hanno data certa in faccia all'acquirente.

Gli scrittori distinti che hanno combattuto questo strano paradosso, sonosi precipuamente dati a dimostrarne le dannose conseguenze, a fare spiccare la contradizione che esso offrirebbe colla disposizione dell' articolo 1328-1282, destinato a proteggere i terzi. Per terzi, non dovrebbero intendersi, secondo Toullier, che i creditori pignoranti, i

(1) Vedi tre arresti di rigetto del 17 maggio 1831, 18 marzo 1836, e 15 giugno 1843, ed un arresto della corte di Colmar, del 30 luglio 1831.

(2) Tomo VIII, numeri 224 e seguenti, e dissertazione alla fine del tomo X.

Digitized by Google

quali, traendo i loro dritti, non dal debitore, ma dalla legge, non sono i suoi aventi causa, e non potrebbero quindi essere esclusi da un compratore che non presentasse un atto avente data certa anteriore al pignoramento. Quest' esempio è infatti quello che dà Pothier [1]. Ma è fuor di dubio che i creditori pignoranti sono degli aventi causa al pari degli acquirenti, perocchè il dritto che essi esercitano non è che un riflesso di quello del loro debitore, e la distinzione immaginata da Toullier è assolutamente arbitraria.

Tuttavolta non è esatto il sostenere, come hanno fatto coloro che hanno combattuto Toullier, che il testo dell'articolo 1322-2276 debba necessariamente restringersi agli aventi causa a titolo universale. Questo sembra ben poco verosimile, poichè l'articolo 1322-1276 si esprime negli stessi termini dell'articolo 1319-1273, il quale, parlando degli atti autentici, indica gli eredi e gli aventi causa, nè mai in quest'ultimo caso si è dubitato che la convenzione non leghi i successori a titolo particolare. Bisogna quindi convenire che il compratore è l'avente causa del suo venditore. Ma questo vuol forse dire che esso sia obbligato a rispettare atti che non abbiano data certa? No, per fermo: perciocchè tutta l'argomentazione di Toullier riposa sopra una petizione di principio. Il successore particolare non è l'avente causa del suo autore per tutta la vita dell'autore stesso, come lo sarebbe un successore universale; egli non lo è che per gli atti anteriori alla data della scrittura sul quale riposa il suo dritto. Se colui che invoca il beneficio dell'anteriorità della data proverà che egli ha realmente contratto il primo col venditore, egli vincerà, quand'anche il suo avversario fosse provveduto di un titolo autentico. Se ciò non fosse, bisognerebbe sostenere che il compratore è l'avente causa del suo venditore per gli atti da lui consentiti posteriormente alla vendita: sistema che si condanna a sufficienza da se medesimo. In tal guisa restano conciliati gli articoli 1322-1276 e 1328-1282 [2]. Del resto si comprende benissimo che la pratica non ha mai ammesso la teorica di Toullier (3) [*].

Quegli che compra un immobile, o che, in generale, acquista un dritto reale, deve immediatamente prendere le precauzioni necessarie onde consolidare l'acquisto suo, poichè la natura stessa del suo dritto lo mette in rapporto coi terzi. Ma, debbesi usare il medesimo rigore relativamente a colui che doveva attendersi di non aver da fare che con una sola persona, in faccia alla quale egli era in regola, e che si trova tutto ad un tratto in relazione con terze persone? Noi intendiamo parlare di un debitore, il quale si fosse contentato, come giornalmente si pra-

(1) Trattato delle obbligazioni, numero 715.

(2) Si è aggiunto per soprabbondanza che l'applicazione del principio stabilito dall'articolo 1328-1282 si trova nell'articolo 1743-1589, il quale accorda la facoltà di non poter essere espulso all'inquilino di cui l'affitto abbia *data certa*. Or, perchè la certezza della data in faccia ai terzi dovrebbe essere richiesta per l'inquilino, anzichè pel compratore?

(3) Arresto di rigetto del 10 febbrajo 1826; Bastia, 24 giugno 1833.

(*) Vedi nello stesso senso: Merlin, *Quistioni*, v. *Terzo*, § 2; Grenier, *Ipoteche*, tomo 2, num. 345; Duranton, t. XIII, num. 129 e seguenti; Duçaurroy, *Dissertazione*, *Temi*, tomo III, num. 5; Troplong, *Ipoteche*, tomo II, num. 529; Tolosa, 7 luglio 1831; Bastia, 24 giugno 1833; Grenoble, 9 maggio 1833.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

tica, d'una quietanza non registrata, nel fare al suo creditore un pagamento totale o parziale. Quando egli opporrà questa quietanza ad un cessionario o ad un creditore del suo creditore, che venisse a sequestrare il credito nelle sue mani, potranno costoro rispondergli che essi sono dei terzi in faccia al cedente o al debitore sequestrato, e che di conseguenza non è permesso di respingerli se non presentando una quietanza che abbia data certa?

Numerosi arresti sono stati profferiti in senso diverso su questa quistione, ed è ben chiaro che le circostanze hanno dovuto influire sulla soluzione che essa ha ricevuto nelle diverse specie. Ma, prendendo la sostanza di queste decisioni, le si possono conciliare quasi tutte, per mezzo della distinzione seguente: se le quietanze sono state immediatamente opposte dal debitore, allora, quando non siavi cosa che indichi una frode preordinata, debbesi presumere la quietanza anteriore alla notificazione; se, all'incontro, il debitore ha tardato a farla valere, allora l'antidata diviene verosimile, la presunzione sta contro la sincerità dell'attore, e rientrasi nel dritto comune [*].

Questa distinzione che noi non presentiamo come un principio di dritto, ma solamente come una considerazione utile nella pratica, è molto in armonia coll'articolo 1295-1249 del codice civile, ai termini del quale il debitore, che ha puramente è semplicemente accettato la cessione dei dritti fatta da un creditore ad un terzo, non può più opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto, prima dell' accettazione, opporre al cedente. La cessione fraudolenta di un credito o di una porzione di credito già estinto, è un avvenimento straordinario, contro del quale non può pretendersi che il debitore si metta in guardia prendendo delle precauzioni inusitate. È sufficiente che egli faccia conoscere ai terzi la sua posizione al momento in cui trovasi in relazione con essi.

615. Un punto sul quale sono quasi tutti di accordo in questa materia si controversa, si è che la certezza della data non è richiesta, anche in faccia ai terzi, nelle operazioni commerciali, le quali sotto il doppio rapporto della celerità e dell'economia, non possono essere sottoposte alla necessità del registro (1).

616. Per quanto concerne la maniera di dare data certa agli atti, il metodo normale, il solo adoperato abitualmente, si è il registro. L'applicazione di questa formalità alle scritture private non è antica nel nostro dritto. Il controllo, che cor-

(*) L'efficacia, in faccia ai terzi, delle quietanze non registrate, è stata, in generale, riconosciuta da Toullier, t. 8, n. 249 e 250: essa è stata parimente ammessa dai seguenti arresti: Lione, 25 novembre 1823 e 16 dicembre 1824; Bordeaux, 26 giugno 1840 (*Journal du Palais*, t. 2, 1840, pag. 438). Vedi *contra*: Troplong, Ipoteche, t. 2, p. 334; Caen, arresto non datato del 1829; Colmar, 28 luglio 1819. Però la maggioranza degli scrittori ammette la distinzione indicata dal Bonnier. Vedi Bourjon, libro 3, titolo 3, sezione 2, num. 12; Ferrières, sull'articolo 108 della consuetudine di Parigi; Charondas, *osserv.*, v. *cessione*; Delvincourt, tomo 3, p. 170. Secondo altri scrittori, i giudici restano liberi nel valutare la sincerità delle quietanze: Rousseau Delacombe, v. *Trasporto*, num. 20. Duranton, t. 16, n. 354; Duvergier, *Vendita*, t. 2, continuazione di Toullier, t. 17, num. 224; cassazione, 14 novembre 1836 (*Jour. du Pal.* t. 1, 1837, p. 14); Tolosa, 7 dicembre 1838 e 5 giugno 1840; cassazione, 5 agosto 1839 (t. 2, 1839, p. 443). — *Il Traduttore.*

(1) Vedi due arresti di rigetto del 28 gennajo 1834 e del 17 luglio 1837.

Digitized by Google

risponde al registro attuale, non fu applicato a questi atti che con editto del mese di ottobre 1705. Tra le parti il registro non è richiesto se non quando voglia farsi uso in giudizio delle scritture private [1]. Ma questa regola, come tutte le disposizioni puramente fiscali, eludesi sovente nella pratica; indicansi nelle domande e nelle conclusioni, sotto denominazione di *convenzioni verbali*, quelle che sono state redatte per iscritto, ma non rivestite della formalità del registro.

617. Oltre al registro, l' articolo 1328-1282 indica due circostanze che assicurano la data delle scritture: la morte di colui o di uno di coloro che le hanno sottoscritto, e la comprovazione della loro sostanza in atti stesi da uffiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizione di sigilli o d' inventario. Queste circostanze sono esse le sole?

Toullier (2) suppone che il soscrittore abbia perduto ambe le braccia, e decide, che a partire da questo momento gli atti da esso sottoscritti avranno data certa. Ma è noto che non è impossibile scrivere col piede; havvi benanco un artista contemporaneo in cui quest'organo ha acquistato una tale pieghevolezza che ha maneggiato il pennello, ed ha eseguito dei lavori molto rimarchevoli. Inoltre, quand'anche fosse, certo nella specie che siavi pel soscrittore dell' atto impossibilità materiale di scrivere, sarebbe sempre pericolosissimo di aggiungere, per motivi di posizioni eccezionali, nuove circostanze a quelle indicate dall'articolo 1328-1282. Saremmo tratti a decidere, come l'avea fatto la corte di Grenoble, con un arresto annullato li 27 maggio 1823, che la conoscenza avuta dall' acquirente posteriore dell'atto sotto firma privata a lui opposto, basta per dare a quest'atto data certa in faccia a lui. Allora la certezza della data non sarebbe altro che un affare di valutazione, in opposizione a quanto decidesi in materia di trascrizione, ove essa è richiesta (codice civile articolo 1071-1025). Eppure l'utilità pratica del registro consiste precisamente nel dare una base certa ai dritti delle parti. Bisogna quindi attenersi alla lettera dell' articolo 1328-1282. L'intenzione del legislatore è stata evidentemente restrittiva, perciocchè il caso di morte di uno dei soscrittori dell' atto era il solo preveduto nel progetto, e non fu se non dietro discussione che si aggiunse il secondo caso, quello della comprovazione delle scritture private in atti pupplici; addizione che non avrebbe avuto alcun significato, se l' articolo fosse stato semplicemente enunciativo.

SECONDA DIVISIONE.

Verificazione delle scritture.

618. La presunzione eccezionale che fa reputare autentica, sino all'inscrizione in falso, la scrittura rivestita delle apparenze dell'autenticità, non ha giammai esistito relativamente alle scritture private, la falsificazione delle quali è ad un tempo più facile e meno severamente punita. Mentre colui al quale si oppone un atto autentico apparente, è obbligato ad iscriversi in falso per distruggerne l' autorità, quegli al quale si oppone una scrittura privata rivestita della sua firma appa-

(1) Legge del 22 glaciale anno VII, articolo 23.

(2) Tomo VIII, numero 242.

Digitized by Google

tente, può limitarsi a non riconoscerla, ed allora il peso della pruova incombe al latore della scrittura. « Quando taluno, dice Beaumanoir (1) « è tradotto in giudizio sulla propria « firma, e nega dinanzi al giudice « d'aver mai apposta quella sotto« scrizione, e che quello non è il « suo sigillo, è necessario che l'at« tore ne faccia la pruova. »

619. Ma avverrà lo stesso quando il latore della scrittura privata è il convenuto? Così, l'obbligo di provare la sincerità di un testamento olografo incomberà al legatario universale, sebbene, in mancanza di eredi riservatarii, egli abbia ottenuto l'immessione in possesso in virtù di un tale testamento [2] [codice civile articolo 1098-934]? Osserviamo che in tutt' altra ipotesi, gli eredi del sangue avrebbero il possesso di dritto, ed al legatario attore correrebbe incontrastabilmente l' obbligo di far verificare la scrittura.

Coloro che sostengono l' affermativa, fanno rilevare che l'ordinanza del presidente non è resa in contradizione, e che essa non costituisce che un atto di giurisdizione onoraria, che non può essere ricusato a chi lo richieda, a meno che lo scritto non porti dei segni evidenti di falsità. La presunzione di verità o di falsità del testamento non può essere il premio della corsa.

Nel senso della negativa, che è stata consagrata da parecchi arresti della corte di cassazione (3), si risponde che il possesso non deve necessariamente provenire da una sentenza propriamente detta, perchè stabilisca una presunzione di dritto in favore di colui che l'invoca; che basta che esso sia regolare, come lo è senza contrasto nella specie, perchè il peso della pruova graviti sul non possessore. Se gli eredi si dolgono d' essere stati prevenuti dall'immessione in possesso, non hanno essi anche qualche negligenza a rimproverarsi, salvo il caso eccezionale in cui niuno di essi si fosse trovato sopra luogo? Finalmente, se spetta sempre al legatario far verificare la scrittura, dove arrestarsi in questa via? Si potrà pel periodo di trent'anni, ed anche dopo trent'anni, se qualcuno degl' interessati sia stato minore o interdetto, costringere questo legatario a provare la verità della scrittura, quando tutte le pruove si fossero smarrite, e che un lungo possesso avrebbe dovuto assicurargli una perfetta sicurezza? Quest'ultima considerazione ci sembra decisiva.

620. La verificazione di scritture può costituire una domanda principale o una domanda incidente. Il codice di procedura il quale, relativamente all'esame testimoniale ed all'inscrizione in falso, sembra supporre (articoli 215-310 e 252-347) che queste procedure non si presentino in altro modo che come incidenti, non considera, all' incontro, la verificazione di scritture che come formante l'oggetto di una domanda principale (*ibidem*, articolo 193-287). Ciò avviene perchè l'editto del 1684, che era anticamente la legge della materia, voleva che non avesse po-

(1) Capo XXXV, § 3.

(2) È ben vero che il possesso di dritto, nella specie, procede dalla legge, e non dall' immessione in possesso, la quale è un affare di esecuzione; ma quando egli agisce in faccia agli eredi del sangue, senza avere ottenuto l' immessione in possesso, non può invocare il possesso di dritto per dispensarsi dalla pruova. Questa pretesa sarebbe una petizione di principio, perciocchè trattasi di stabilire la qualità che può sola attribuire questo possesso di dritto.

(3) Arresto di rigetto del 30 marzo 1833 di annullamento del 23 maggio 1843; di rigetto del 23 gennajo 1850.

Digitized by Google

tuto ottenersi in giudizio l'esecuzione delle convenzioni comprovate da scritture private, senza avere preventivamente citato l'avversario all'oggetto di riconoscere il carattere. Se non che una dichiarazione del 1703 autorizzava in materia di effetti di commercio « ad ottenere condanna sopra semplici citazioni nella maniera or« dinaria, senza che fosse stato pre« ventivamente necessario di proce« dere pel riconoscimento, meno nel « caso in cui il convenuto negasse la « verità degli atti. »

Oggi non può più mettersi in dubio che questa facoltà debba accordarsi in ogni materia, perocchè la restrizione dell'editto del 1684 non è stata espressamente riprodotta dal codice di procedura. La giurisprudenza [1] consagra in proposito il sistema ragionevole, troppo sovente sconosciuto dai pratichisti, secondo il quale non si debbono considerare come limitative le disposizioni delle leggi di procedura, quando esse prevedono taluni casi più ovvii nella pratica, senza escludere formalmente gli altri.

621. La procedura della verificazione di scritture è meno complicata di quella del falso. Essa comprende tre fasi: 1° una procedura preliminare tendente ad ottenere il riconoscimento della scrittura, procedura la quale non è necessaria se non quando si conchiude specialmente per la verificazione della scrittura; 2° l'istruzione, che ha per iscopo di verificare la scrittura, quando essa sia negata; 3° la sentenza diffinitiva. Sulla fine, noi diremo qualche parola sull'applicazione dell'inscrizione in falso alle scritture private.

§ 1. *Procedura tendente ad ottenere il riconoscimento della scrittura.*

622. Anche qui, come in materia di falso, si è pensato che bisognava, prima di procedere ad investigazioni difficili sulla sincerità della scrittura, mettere il convenuto in mora di negarla o di riconoscerla. E questa procedura preliminare è stata semplificata fin dall'editto del 1684, il quale autorizzava l'attore in verificazione a citare l'avversario ad un termine di tre giorni solamente. Quest'abbreviazione, riprodotta dalle nostre leggi [codice di procedura articolo 193-287], ha oggi inoltre il vantaggio d'essere dispensata dal preliminare della conciliazione [*ibidem*, articolo 49, 2- *sopp.*], ordinariamente richiesto dal dritto moderno. Se la domanda è formata per incidente, viene notificata, non già per citazione, ma per atto di patrocinatore a patrocinatore, osservando lo stesso termine. Ma, come abbiamo detto pur ora, bisogna supporre che il latore della scrittura conchiuda specialmente per la verificazione, o perchè il debito non sia peranco scaduto [2], o, ad ogni modo, perchè questa via gli sembra più utile. Quegli che produce puramente e semplicemente, in sostegno d'una domanda principale, una scrittura privata, non è obbligato a conchiudere pel riconoscimento del carattere finchè da parte dell'avversario non siavi impugnazione in proposito (*).

(1) Arresto di annullamento del 7 gennajo 1814; rigetto del 27 agosto 1838.

(*) È stato infatti deciso che non merita censura quella decisione che non ordina la verificazione di una carta privata attribuita ad un terzo, se dall'interessato non venga formalmente dichiarato di non riconoscerla. Corte suprema di Napoli, arresto del 16 luglio 1846 (v. *Gazzetta dei Tribunali* anno II, num. 160, pag. 444, q. 5). — *Il Traduttore.*

(2) Legge del 3 settembre 1807, articolo 1.

Digitized by Google

623. « Quegli contro cui si oppone « una scrittura privata, dice l'arti« colo 1323-1277 del codice civile, « è tenuto di riconoscere o negare « formalmente il proprio carattere o « la propria sottoscrizione. » In Inghilterra gli è lecito conservare il silenzio, senza compromettersi [1]. Il nostro sistema è preferibile; un litigante che non si farebbe scrupolo di conservare il silenzio potrebbe indietreggiare innanzi ad un mendacio formale. Per ottenere meglio questo scopo la legge di procedura di Ginevra prescrive, in simile circostanza, la comparsa personale delle parti, nè v' ha cosa che impedisca ai nostri tribunali di ordinare questa misura, quando essi la credano utile alla manifestazione della verità. Il testo parla del non riconoscimento del carattere o *della firma*, perocchè per la validità di una scrittura privata richiedesi la sola firma, in quella guisa che nei tempi andati il sigillo era quello che dava luogo al non riconoscimento, come ci viene insegnato da Beaumanoir [2]. Nondimeno è evidente che, quando trattisi di un biglietto contenente l'obbligazione unilaterale di pagare una data somma [*ibidem*, articolo 1326-1279], debbesi provocare il riconoscimento, non solamente della firma, ma benanco del buono o approvato richiesto dalla legge.

624. Purnondimeno non può imporsi una simile obbligazione se non a colui che è personalmente citato come soscrittore dell' atto. « I suoi « eredi o aventi causa, possono sem« plicemente dichiarare che non co« noscono il caratere o la sottoscri« zione del loro autore. » Qui l'espressione *avente causa* comprende senza alcun dubio, tanto i successori a titolo universale, che i successori a titolo particolare; un compratore, per esempio, contro del quale volesse evincersi l'immobile comprato, invocando una scrittura privata avente data certa anteriore a quella del suo titolo. Avverrebbe incontrastabilmente lo stesso degli amministratori rappresentanti il soscrittore, come sarebbe precisamente il tutore dell'interdetto.

625. Se il convenuto riconosce la scrittura, ne vien dato atto all'attore. Se non comparisce, qui, in opposizione alla regola generale che le conclusioni non gli siano aggiudicate se non quando le medesime saranno trovate giuste e ben verificate [codice di procedura articolo 150-244], lo scritto si avrà per riconosciuto [*ibidem*, articolo 194-288], salvo, ben inteso, il dritto di formare opposizione [*]. Non avviene lo stesso in materia di pruova testimoniale: il codice di procedura dice solamente in tal caso [articolo 252-347] che i fatti, quando non siano nè riconosciuti nè negati, *potranno*

(1) Blaxland, *Cadex rerum Anglicarum*, pag. 493.

(2) Vedi il numero 618.

(*) Unif.: Delaporte, tomo 1, pag. 196; Commentario degli annali del notariato, tomo 1, pag. 397; Carré *Procedura* articolo 194, q. 802; Chauveau, *ibid.*; Locrè, tomo 21, pagina 443.

Vedi pure due decisioni della gran Corte civile di Napoli, prima camera, del 21 agosto 1839, nella causa *Rossi e Papa*, e del 25 luglio 1828, nella causa Majotta e Davanzo (Vedi Agresti n. 8 pag. 399, e t. 2, pag. 351).

Non può dichiararsi riconosciuta una scrittura sol perchè colui che, citato nel corso del giudizio a dichiarare se intendeva o no riconoscerla, non abbia espresso la sua negativa se non colle conclusioni all'udienza. Gran Corte civile di Napoli, prima camera, decisione del 13 luglio 1833, nella causa *Luncellotti e Gola* (v. Agresti tomo 5, pag. 70). — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

aversi per confessati o verificati. Ciò è così perchè la semplice articolazione dei fatti, dei quali si offre la pruova testimoniale, non basta per rendere probabile l'esistenza di questi fatti, mentre l'esibizione di uno scritto è una circostanza d'una certa gravità. Ben comprendesi da ciò che ben a ragione la legge attuale, uniformemente all' editto del 1684, quando il silenzio dell' avversario venga a congiungersi colla circostanza precedente, presume la sincerità dello scritto.

Ma questa regola non è talmente assoluta che il giudice non possa e non debba allontanarsene, quando si tratti di un'incapace, di cui gl'interessi non debbono essere compromessi dal silenzio dei suoi rappresentanti [*].

626. Finalmente se il convenuto nega il carattere, *potrà ordinarsene* la verificazione, ai termini dell'articolo 195-289 del codice di procedura. Le espressioni del codice civile sembrano più imperative: *se ne ordina la verificazione giudiziale*, dice l'articolo 1324-1278 di questo codice. Taluni scrittori hanno conchiuso da queste ultime espressioni che la verificazione è indispensabile: il che è vero nel senso che è vietato al giudice, quando vien negata una scrittura, di passare innanzi senza avere statuito sulla sincerità della scrittura medesima [1] [**]. Ma questo non vuol dire che sia assolutamente necessaria una perizia o una pruova testimoniale per far cadere la fede della scrittura. Il tribunale deve statuire sulla domanda che gli è sottoposta, ma esso può farlo senza lentezza e senza spese, coll' ajuto dei suoi proprii lumi, quando la sincerità dell' atto gli sembra evidente (2); ovvero all' incontro, quando la falsità di esso è palpabile (3). Se questo vien riconosciuto in materia di falso, ove l'istruzione è così complicata (4), a ragion più forte debbesi ammettere per la verificazione di cui la procedura è molto più semplice (***).

Verificazione della scrittura.

627. I modi di verificazione sono gli stessi di quelli che si adoperano in materia di falso. Si verifica lo scritto tanto per mezzo di documenti, quanto per mezzo di periti e testimonii (codice di procedura articolo 195-288). Bisogna decidere del pari che il concorso di queste tre pruove non è richiesto, primieramente perchè esso non è sempre possibile, ed in secondo luogo, perchè può avvenire, principalmente quando si prova per mezzo di documenti, che la scrit-

(*) Unif.: Carré *Procedura*, art. 195 · q. 800; 3°; Chauveau, *ibidem*; Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pag. 426. — *Il Traduttore.*

(1) Vedi un arresto di annullamento del 6 febrajo 1837.

(**) Unif.: cassazione, 30 luglio 1816 — *Il Traduttore.*

(2) Vedi un arresto di rigetto del 3 dicembre 1839.

(3) Vedi un arresto di rigetto del 14 marzo 1837.

(4) Vedi i numeri 546 e 559.

(***) Gli scrittori e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto. Pigeau *Commentario*, tomo 1, pag. 427; Thomine, t. 1, pagina 355 e 356; Dalloz, tomo XII, pag, 942; Favard, tomo V, pag. 918 e 919; Berriat, pag. 258, num. 13; Boncenne, t. 3, pag. 480; Carré, *procedura.*, articolo 195, q. 893, 3°; Chauveau, *ibid.*; cassazione, 25 agosto 1814, 11 febrajo 1818, 6 dicembre 1827, 7 agosto 1835, e 24 maggio 1837, (*Jour. du Pal.*, tomo 1, 1837, pag. 450); Caen, 23 giugno 1825; Corsica, 2 giugno 1828; Tolosa, 4 dicembre 1828; Parigi, 14 gennajo 1832; Besancon, 30 aprile 1832; Bordeaux, 10 giugno 1834, e 29 aprile 1837. — Vedi contra, Rauter, pag. 208. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

tura privata si trovi trascritta in un atto autentico, e che si giunga per mezzo di un sol modo ad una dimostrazione perfettamente concludente [*].

628. Noi non abbiamo che aggiungere relativamente alla pruova per mezzo di documenti. Questo modo di verificazione è anche qui il più sicuro ed il più spedito; sventuratamente non avviene molto di farne uso (**).

629. Per quanto concerne la pruova testimoniale, si domanda se l'ammetterla, qualunque siasi l'importanza del litigio, per verificare uno scritto sospetto, non importi distruggere il principio restrittivo stabilito dall'ordinanza di Moulins. Quest'obiezione non era sfuggita a Boiceau, il primo commentatore dell'ordinanza. « Certum est, dice egli (1), et « communi usu Galliae receptum, « nullam privatam scripturam, nul« lumque chirographum fidem habere « nisi prius agnoscatur; quod si de« negetur, testibus ex necessitate « opus erit, ad probandum signum, « vel sigillum manusciptum vel ap« positum fuisse ab eo qui denegat « scripturam; et sic ad testes semper « erit recurrendum, imminebitque « periculum et suspicio subornando« rum testium; hinc interlocutiones, « allegationes, et involutiones insu« merae, ut antea, locum habebunt. « Quocirca haec lex regia, hoc re« spectu, illusoria videbitur et sibi « ipsi contraria.»

La risposta di Boiceau, che è stata ai giorni nostri riprodotta da Toullier (2), e che noi abbiamo avuto già occasione di combattere, non è affatto soddisfacente. Essa consiste nel dire che lo stesso scritto, del quale trattasi di stabilire la sincerità, è un principio di pruova, tale da autorizzare la pruova testimoniale. Ma questa è una manifesta petizione di principio, perciocchè la quistione cade precisamente sullo scritto; errore il quale, meno grave nell' antico dritto, quando il principio di pruova per iscritto non era ancora definito, è ben più sensibile oggi che la legge ha dichiarato formalmente che lo scritto deve emanare dall'avversario (codice civile articolo 1347-1301).

La vera risposta all' objezione si rinviene nella natura stessa del principio restrittivo della pruova testimoniale. Il voto del legislatore si è che la scrittura sia stesa per comprovare le convenzioni delle parti; ma come provare il fatto stesso della confezione dello scritto? Sarebbe richiedere l'impossibile se si dimandasse una pruova scritta di questa confezione. E di vero, in quel punto ci arresteremo in questo pendio? Non havvi quindi ragione di andar cercando motivi di eccezione onde ammettere la pruova testimoniale, pe-

(*) Unif. : Liége, 27 marzo 1811; Angers, 5 luglio 1820; Liége, 15 dicembre 1819. Rennes, 24 luglio 1812 e 22 luglio 1816; Montpellier, 3 marzo 1828; Lione 16 agosto 1826; Chauveau, sopra Carrè, art. 195, q. 804. — *Il Traduttore.*

(**) Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pag. 444; Favard, tomo V, pagina 919; Boncenne tomo III, pagina 475; Demiau, pag. 167; Chauveau, sopra Carré, articolo 195, q. 804; cassazione, 19 dicembre 1827. — *Il Traduttore.*

(1) Parte II, capo I.

(2) Se ci avviene spesso di censurare le opinioni di Toullier, non è già da parte nostra per iscreditare sistematicamente uno scrittore che ha reso eminenti servigi alla scienza, principalmente nei suoi lavori sulla pruova delle obbligazioni. Ma egli non ha sempre nei giudizii tanta esattezza quanta è l'estensione delle sue idee, e a fianco di eccellenti cose, si rinvengono nel suo libro errori di principii che è interessante l'indicare.

Digitized by Google

rocchè noi non siamo qui sotto l'impero della regola, applicabile, come abbiamo sovente ripetuto, alle convenzioni delle parti, e non ai semplici fatti, come la redazione di un atto. Aggiungiamo che la testimonianza delle persone che hanno veduto firmare lo scritto, offre ben maggiore guarentigia dell'arte congetturale dei periti: quindi è ben increscevole che i nostri costumi non ammettano la chiamata dei testimonii agli atti privati, come nell'antica Roma ed in Inghilterra (1).

630. Nell'opinione contraria, per essere conseguenti, bisognerebbe dire che, essendovi principio di pruova per iscritto, i terzi possono deporre sull'esistenza medesima del credito, come praticavasi al tempo di Beaumanoir, quando la pruova testimoniale era indefinitamente ammessa. I testimonii potevano infatti dichiarare allora [2] « se colui che ha negato abbia riconosciuto, innanzi « oneste persone, prima di aver negato, che quegli aveva un suo scritto, *e che egli era obbligato a quello* « che si riconosce nel contenuto dello « scritto [3]. » Taluni scrittori non hanno temuto di adottare oggi la stessa decisione, poggiandosi sui termini generali dell'articolo 211-305 del codice di procedura: « Potranno essere « esaminati come testimonii coloro « che avranno veduto scrivere o firmare la scrittura controversa, o « che avran notizia di fatti che possano influire nello scoprimento del « vero. » Ma questa sarebbe una manifesta violazione della regola secondo la quale l'allegazione di una confessione stragiudiziale puramente verbale è inutile ove la pruova testimoniale non sia ammessibile (codice civile articolo 1355-1309). I fatti sui quali deve versare l'esame testimoniale non possono essere riferibili che alla confezione della scrittura (4). Quindi i testimonii possono dire che essi riconoscono la scrittura o la firma, sebbene non abbiano veduto scrivere o firmare la scrittura controversa [5]; ma non potranno essere interrogati sulla convenzione medesima, indipendentemente dallo scritto che la comprova. La missione del giudice commessario potrà essere delicata in questa occasione, perocchè la quistione della sincerità della scrittura legasi intimamente a quella della validità della convenzione; ma i principii generali che debbono guidarlo nel suo cammino non sono dubii(*).

631. Prendendo un altro punto di veduta, quello della confidenza che meritano i periti, si è per l'opposto, domandato se debba esser lecito, come lo suppone l'arresto del 25 luglio 1833, d'interrogare testi-

(1) Vedi i numeri 583 e 585.

(2) Capo XXXV, § 3.

(3) « Se cil qui a le niance fete avait « reconnut, par devant bone gent, avant « le niance, que cil avait ses lettres et « qu'il estait tenus à li à ce qui est recon« nut en la teneur des lettres. »

(4) La deposizione dei testimonii, dice il relatore del tribunato, deve precisamente cadere sul fatto che trattasi di verificare, sulla formazione materiale dell'atto.

(5) Arresto di rigetto del 25 luglio 1835.

(*) Unif.: Chauveau, note sopra Carré q. 854, 2; Pigeau, *Commentario*, tomo I, pag. 441; Demiau pag. 167. La gran corte civile di Napoli ha seguito un sistema contrario, decidendo che nei giudizii di verificazione di scritture, o di falsità, la pruova testimoniale non debba limitarsi ad indagare se la scrittura sia stata o pur no formata dalle parti, cui si attribuisce, ma debba invece raccogliersi ogni elemento proprio a manifestare se l'atto, che lo scritto enuncia, sia o pur no seguito. Gran corte civile di Napoli, prima camera, 5 settembre 1832, nella causa *Fanciullo e Mersico*, e 24 gennaro 1834, nella causa *Guarino*, ed altri. V. Agresti, tomo 5, pag. 111, e tomo 6, pagina 112. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

monii che non abbiano assistito all' atto, onde sapere se essi riconoscono la tale o tal' altra firma. Non importa questo, si dice, confondere la pruova testimoniale colla perizia? Bisogna nondimeno riconoscere, in fatto, che le persone viventi nell' intimità del preteso soscrittore dello scritto possono sovente dare dei rischiaramenti più sicuri che i periti i quali poggiano la loro convinzione sopra elementi astratti. È noto che la perizia non lega per nulla i giudici (codice di procedura articolo 323-417), i quali possono di conseguenza formare il loro convincimento sopra rischiaramenti di qualsiasi natura. Altronde il legislatore, nell'ordinare la presentazione ai testimonii dei documenti impugnati o non riconosciuti (1) (*ibidem*, articolo 212-306), indica sufficientemente l'intenzione di non tracciare una linea di demarcazione assoluta tra le funzioni dei testimonii e quelle dei periti (*).

632. Il terzo modo di verificazione è la perizia, che consiste qui nel confronto della scrittura impugnata con altre scritture emanate indubitatamente dal convenuto. Questo confronto è fatto da periti, cioè da uomini che hanno delle conoscenze speciali in materia di scritture.

633. Noi non dobbiamo ritornare qui sui miglioramenti generali introdotti dal dritto moderno relativamente alla perizia, e dei quali il codice di procedura (articolo 196-290 e 210-304) fa l'applicazione alla verificazione delle scritture: la nomina d'officio di tre periti, quando le parti non sono di accordo; la redazione di un solo processo verbale, a pluralità di voti; finalmente l' indicazione dei diversi pareri, senza che sia permesso di far conoscere il parere personale di ciascun perito. Occupiamoci di quello che è speciale alle verificazioni di scritture.

634. La sentenza interlocutoria che ammette la verificazione, designa il giudice commessario dinanzi al quale debbesi procedere, ed ordina il deposito del documento, che dev'essere sottoscritto e cifrato dall'attore o dal suo patrocinatore, e dal cancelliere, affinchè l' identità non possa esserne messa in dubio. Il processo verbale che comprova lo stato del documento, non viene steso, come in materia di falso, in contradizione col convenuto, e neanco dal giudice commessario. Esso è steso *semplicemente* dal cancelliere, in presenza dell'attore, indi comunicato all' avversario (*ibid.* articolo 196-290 e 298-292).

635. Steso così e comunicato il processo verbale al convenuto, la base della perizia trovasi stabilita. Ma la valutazione alla quale debbono darsi i periti, è affatto relativa. Trattasi di confrontare la scrittura con altre scritture incontrastabilmente emanate dal convenuto, che nella pratica giudiziaria vengono chiamate *scritture di confronto*. Il giudice commessario stabilisce un giorno, onde le parti compariscano dinanzi a lui per mettersi d'accordo su queste scritture. In caso di contumacia dell' una o dell'altra parte, statuiscesi dal tribunale, sul rapporto del giudice commessario. Se l'attore non comparisce, il documento è rigettato: la contu-

(1) *Impugnati*, quando trattasi del preteso soscrittore; *non riconosciuti*, quando trattasi di un avente causa (num. 624).

(*) Questa è parimente l' opinione di Demiau, pag. 167, e di Chauveau, sopra Carré, Q. 854, 2; essa è stata inoltre adottata da un arresto della corte di Bruxelles, del 13 giugno 1827.

L'opinione contraria è sostenuta da Pigeau, e venne seguita da due arresti della corte di Rennes del 26 gennaro e 26 marzo 1813 — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

macia dell'altra parte permette solamente al tribunale di avere il documento per riconosciuto [*ibidem*, articolo 199-293].

Se le parti si mettono di accordo sulle scritture di confronto, le operazioni dei periti possono cominciare immediatamente. In caso contrario, le scritture si ammettono dal giudice [*ibidem*, articolo 200-294], cioè dal tribunale. Infatti essendosi, dietro le osservazioni del tribunato, modificata la redazione di questo titolo, si è avuta la cura di adoperare l'espressione *giudice commessario* tutte le volte che la misura concerne questo giudice solo, riservando la denominazione di *giudice* all'intero tribunale. D'altronde l'articolo 236-331 del codice di procedura, relativo alla perizia in materia di falso, il quale rinvia precisamente all'articolo 200-294, parla della sentenza, in forza della quale i documenti sono stati ammessi. Finalmente una considerazione più grave ancora degli argomenti tratti da tali testi, si è che la sentenza sull'ammessibilità dei documenti non è puramente regolamentare; essa pregiudica evidentemente il merito, e deve quindi offrire alle parti le guarentigie di una sentenza interlocutoria (1).

636. Sin dal tempo di Giustiniano si è sentito il bisogno di determinare le scritture che il giudice possa ammettere come documenti di confronto (2). Quest' imperatore [3] non permette di ammettere a tal titolo se non gli atti pubblici, o gli atti privati redatti in presenza di tre testimonii. In prosieguo, nella Novella 49, capitolo 2, egli considerò come atti pubblici gli atti privati depositati negli archivii, ed autorizzò l'ammessione di scritture private stese alla presenza di meno di tre testimonii, quando l' avversario le avesse egli medesimo adoperato.

Presso di noi si ammettono come scritture aventi un carattere autentico [codice di procedura articolo 200-294]:

« 1. Le firme apposte agli atti « celebrati avanti i notaj, o quelle « apposte agli atti giudiziali in pre« senza del giudice e del cancelliere, « o finalmente gli atti che dalla parte, « il di cui carattere dovrà essere com« parato, sono stati scritti e firmati « in qualità di giudice, cancelliere, « notajo, usciere, o come addetto per « qualunque altro titolo a qualche « pubblico uffizio;

« 2. Gli scritti e le firme private, « riconosciute da quello stesso al qua« le viene attribuita la scrittura da « verificarsi; ma non gli scritti e le « firme da esso impugnate o non « riconosciute, ancorchè fossero state « precedentemente verificate e rico« nosciute come sue.

« Se viene impugnata o non ri« conosciuta una sola parte della scrit« tura da verificarsi, il giudice po« trà ordinare che il resto di essa « serva di documento per la compa« razione. »

637. Per quanto concerne gli atti pubblici, il codice di procedura è meno largo di quello che non fossero il dritto romano ed il nostro antico dritto. Esso distingue tra le firme apposte a tali atti da semplici particolari, e quelle di cui l'autore funzionava come persona pubblica.

(1) Bourges, 26 luglio 1832.

(2) Legge 20, codice *de fide instrumentorum*.

(3) Bisogna nondimeno osservare che queste restrizione riferisconsi al ministero dei periti, e non a quello dei giudici, i quali possono determinarsi sopra qualunque documento che essi stimano sincero nella loro anima e coscienza (Bruxelles, 20 febrajo 1817).

Digitized by Google

Nel primo caso, esso enumera limitativamente gli atti che possono servire per documenti di confronto. Mentre Pothier [1] mette nella stessa linea delle matrici degli atti notarili, gli atti dei cancellieri, i registri dei battesimi, matrimonii e sepolture, la legge attuale non fa menzione che delle firme apposte agli atti celebrati *avanti i notaj*, o di quelle apposte agli atti giudiziali *in presenza del giudice e del cancelliere*. Quindi la firma di una parte sopra un atto autentico stragiudiziale, che non sia un atto notarile, quella apposta per esempio, sui registri dello stato civile, non può nemmeno essere adoperata come elemento di confronto. La legge non prescrive, infatti, agli uffiziali dello stato civile alcuna precauzione tale da garentire l'identità delle parti e quella dei testimonii, come essa fa per quel che concerne i notaj [2] (*).

Parimente, le firme debbono essere state apposte ad un atto giudiziale, non in presenza del solo cancelliere, come nel processo verbale di esame testimoniale [*ibidem*, articolo 275-370]; ma in presenza del giudice e del cancelliere, come un processo verbale di esame testimoniale (*ibid.* art. 275-370). Ma sarebbe un abusare del vocabolo *atto giudiziale* se non s'ammettessero le firme apposte ad un processo verbale di conciliazione. Noi abbiamo riconosciuto (3) che questo processo ha tutti i caratteri dell'autenticità, caratteri indipendenti dalla forza esecutiva, che gli vien solo negata. Quindi sono tutti generalmente di accordo per far figurar tra' documenti di confronto le firme date in tal modo in presenza del giudice e del cancelliere.

Quando trattisi, all'incontro, non più delle parti, ma di quello che ha firmato (4) l'atto come persona pubblica, essendo l'usurpazione delle funzioni molto meno presumibile di una semplice contraffazione di scritture private, ammettesi la firma apposta ad ogni specie di atto. Di conseguenza, i registri dello stato civile appresteranno eccellenti scritture di confronto, quando si tratterà di verificare la firma, non già di un dichiarante o di un testimonio, ma dello stesso uffiziale dello stato civile. Non è per altro necessario che il funzionario pubblico, che ha sottoscritto, appartenga all'ordine giudiziario. Si è quindi ammesso come documento di confronto uno dei numerosi ordini regii emessi dal Duca de La Vrillière, in qualità di ministro di Stato, sotto Luigi XV (5).

638. Per quanto concerne le scritture private, la nostra legislazione è meno larga di quella di Giustiniano, nella parte in cui essa non fa più figurare nella classe delle scritture pubbliche gli atti privati scritti da tre testimonii, e più nella parte in cui essa ammette qualsiasi documento riconosciuto dall'avversario, mentre a Costantinopoli richiedevasi che questi avesse prodotto il documento per non essere più ammessibile a chiederne il rigetto.

(1) Procedura civile, parte 1, capo III, sezione II, articolo 1.

(2) Legge del 25 ventoso an. XI art. 2.

(*) Unif.: Dalloz, t. 12, pag. 947; Favard, *Rep.*, t. 5, pag. 920; Thomine, t. 1, pag. 365· Boncenne, tomo 3, pag. 510; Carré, articolo 200, q. 818, e Chauveau, *ibid.*; cassazione di Bruxelles, 12 febbrajo 1822. — *Il Traduttore.*

(3) Vedi il numero 373.

(4) Il testo dice: *scritti e firmati*; ma queste espressioni del codice di procedura debbono, come sotto l'ordinanza del 1737, intendersi nel senso della sola firma. Se ciò non fosse, non potrebbe tenersi alcun conto della firma del presidente sulla minuta di una sentenza poichè tale minuta è abitualmente scritta dal cancelliere.

(5) Vedi un arresto della corte di Parigi del 28 giugno 1808.

Digitized by Google

Ma, ad esempio dell' ordinanza del 1737, articolo 14, l'attuale legge confessa ben manifestamente l' incertezza dell'arte dei periti, perocchè essa non permette di ammettere come scritture di confronto quelle da essi verificate. Neanco la confessione tacita che risulta dalla mancanza di denegazione, è sufficientemente formale perchè se ne possa con certezza argomentare la sincerità della scrittura. Le scritture provvenienti dall' avversario debbono, del resto, essere state prodotte per azione dello stesso organo che ha servito a tracciare i caratteri della scrittura non riconosciuta. Così un arresto del parlamento di Dijon del 10 febrajo 1835 decise che non potevansi apprestare talune carte scritte colla mano destra per documenti di confronto di una scrittura della stessa persona, scrittura che dicevasi vergata colla mano sinistra, perchè cotale persona, ferita alla mano dritta, erasi abituata a scrivere colla mano sinistra.

639. Quando i documenti di confronto saranno a disposizione dell' attore, non vi sarà difficoltà per operarne il deposito. Quando essi saranno tra le mani di depositarii pubblici o privati, il giudice commessario ordinerà che si portino nel luogo e giorno indicato per farsi la verificazione. L'arresto personale può sinanco essere ordinato contro i renitenti; ma il tribunale ha sempre la facoltà di dirigere una commessione rogatoria al giudice del luogo, quando il detentore dimori in luogo troppo lontano (*ibidem*, articolo 201-295 e 202-296].

Tuttavia i detentori privati non debbono soffrire danno dall' obbligazione che loro viene imposta in un interesse particolare. Se la produzione del documento cagiona loro qualche danno, per esempio, il pagamento di un doppio dritto di registro per contravvenzione alle leggi fiscali [1], corre all'attore l' obbligo d'indennizzarli. Bisogna benanco decidere con Giustiniano [2], e con Pothier [3], che, quando la produzione della scrittura dovesse arrecare ai terzi un danno irreparabile, come quando potesse risultarne la divulgazione di un segreto, essi potrebbero essere dispensati dal produrre il documento (*). Per quanto concerne il convenuto, egli è, in generale, obbligato a consegnare il documento esistente in poter suo, senza potere invocare il vecchio adagio *nemo tenetur edere contra se*. Quest' adagio è riferibile alla produzione dei titoli che sono a noi disfavorevoli sotto il rapporto morale, ma non alla produzione materiale di documenti che debbono solamente servire di elementi di confronto; salva tuttavia la stessa eccezione da noi or ora fatta pei terzi (**).

640. Nel luogo, nel giorno e nell'ora stabilita dal giudice commessario per la prestazione del giuramento dei periti, la parte più diligente fa citare per mezzo di usciere i periti. La parte contraria dev'essere ugualmente chiamata. I periti ricevono dapprima l'investitura delle loro funzioni colla prestazione del giuramento: indi i depositarii presentano le scritture di confronto [co-

(1) Legge del 22 glaciale anno VII, articoli 22 e 37.

(2) Legge 22, *cod. de fide instrumentorum.*

(3) *Procedura civile*, parte I, capo III, sezione II, articolo 1.

(*) Vedi nello stesso senso: Thomine, tomo 1, pag. 367; Boncenne, tomo 3, pagina 325; Chauveau, note sopra Carré, quist. 828, 2°.—*Il Traduttore.*

(**) Thomine, pag. 366; Chauveau, *loc. cit.*—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

dice di procedura articoli 204-288 e 205-299].

Nel caso che cotali scritture siano mancanti o insufficienti, il giudice commessario potrà ordinare che il reo scriva quanto gli detteranno i periti. Il merito di questa misura è stato impugnato. « Sarebbe un cat« tivo espediente, diceva Rodier[1], « fare scrivere o firmare la parte di« nanzi al giudice, per confrontare « in prosieguo questa scrittura col« l'altra, perocchè la parte potrebbe « contraffarla. » Il tribunato fece parimente osservare che il reo, anche di buona fede, potrebbe essere preso da timore, che il suo carattere potrebbe essersi cambiato. Vedesi bene quindi che conviene far uso di tale facoltà con una estrema riservatezza.

Quello che è essenziale si è, che l' attore sia chiamato ad assistere personalmente alla confezione della scrittura [*ibidem*, articolo 206-300 (*). La parte interessata è quella che può meglio scoprire ed indicare le posizioni del corpo o della mano più o meno sospette, perchè lontane dalle abitudini dell' avversario. Se il convenuto ricusa di scrivere, il giudice commessario deve denunziare il di lui rifiuto al tribunale, e questo potrà avere il documento per riconosciuto (argomento dall'articolo 199-293 *ibidem*) [**].

Finalmente, adempiti tutti i preliminari richiesti dalla legge è necessario che i periti possano tranquillamente applicarsi all'opera importante loro affidata. Le parti debbono di conseguenza ritirarsi, dopo di aver fatto, sul processo verbale del giudice commessario, quelle ricerche ed osservazioni che giudicheranno opportune [*ibidem*, articolo 207-301].

641. Dopo di ciò i periti incominciano le operazioni loro in presenza, o del giudice commessario e del cancelliere, o del cancelliere solamente, secondo le disposizioni date dal giudice commessario (*ibidem*, articolo 208-302]. Le regole giusta le quali essi debbono procedere nella missione difficile di che sono incaricati, tanto in materia di verificazione di scritture che in materia di falso, riposano interamente sull'esperienza pratica. La migliore opera che sull'argomento esistesse nell'antica giurisprudenza, si è il trattato di Raveneau', scrivano giurato del parlamento di Parigi, sopra le *inscrizioni in falso ed il riconoscimento delle scritture*, trattato che fu soppresso con arresto dello stesso parlamento del 10 febrajo 1670, perocchè nel mentre dava i principii per iscoprire la falsità, insegnava la maniera di commetterla. I principali punti sui quali debba versare l'attenzione dei periti, sono stati esposti ai tempi nostri in un opuscolo molto chiaro del signor Lévêque [2], il quale sembra che eserciti con zelo e coscienza quest'arte difficile.

(1) Sul titolo XII, articolo 8 dell'ordinanza.

(*) La corte di Rennes, con arresto del 16 luglio 1817, decise che la mancanza della chiamata dell'attore non porta a nullità del verbale dei periti. L' autore del *Giornale* degli arresti di questa corte, redatto in quell' epoca sotto la direzione di Carré, critica l'arresto adottando l'opinione contraria. Chauveau, (sopra Carré, articolo 206, quist. 344, 2°) segue quest'ultimo avviso.—*Il Traduttore.*

(**) Uuiformi: Carré, *Procedura*, articolo 206, quist. 848; Chauveau, *ibidem*; Dalloz, tomo XII, pag. 949; Thomine, tomo x, pag. 373.—*Il Traduttore.*

(2) Verificazione delle scritture, Agen, 1840.

Digitized by Google

Oggi che la chimica ha fatto tanti progressi e che la colpevole industria dei falsarii ha messo questi progressi a profitto, i periti non dovrebbero più essere versati solamente nella conoscenza dei caratteri, ma benanco sufficientemente esercitati nella pratica delle manipolazioni onde potere riconoscere le svariate alterazioni che possono aver subito le carte ed il carattere tracciato [1]. Riesce quindi ben doloroso che debbasi continuamente ricorrere, per le perizie, a semplici maestri calligrafi, per mancanza di persone che riuniscano in un grado sufficiente i due generi di cognizioni richiesti in questa materia. Forse quindi converrebbe fare della perizia una professione a parte, alla quale non si dovrebbe giungere se non dopo avere giustificato la propria capacità. Se si è giudicato necessario creare uffiziali speciali per apprezzare i mobili, perchè usare precauzioni minori quando si tratta di una valutazione meno usuale, ma di molto più grave, qual' è quella della verità delle scritture? Potrebbersi in tal guisa rendere meno frequenti gli errori che le relazioni dei periti hanno sì di sovente presentato, dalla celebre relazione dei periti di Armenia, distrutta dalla dichiarazione formale delle parti, e che diè luogo alla novella 73, sino alla lite contemporanea di La Roncière, in cui gli errori dei maestri calligrafi sono stati nitidamente addimostrati.

§ 3. *Sentenza diffinitiva.*

642. I giudici non debbono seguire l'opinione dei periti se non con estrema riserbatezza. Indipendentemente dalla pruova per mezzo di titoli, che è la migliore di tutte, la pruova testimoniale dev'essere preferita alle congetture dei periti, qualunque siasi la loro istruzione. La testimonianza, infatti, attesta direttamente il fatto in questione, mentre il confronto di scritture poggia esclusivamente sopra una verosimiglianza, sopra un calcolo di prababilità. *Scriptura ex qua fit comparatio*, dice Baldo, *nihil aliud est nisi argumentum a simili et verisimili.* Per siffatta ragione Giustiniano volle, come abbiamo veduto, che si chiamassero dei testimonii nelle scritture private, « ut non in sola scri« ptura et ejus examinatione pen« deamus, sed sit judicantibus etiam « testium solatium [2]. » Noi abbiamo parimente veduto che questo sistema è seguito anche attualmente nell' Inghilterra.

Nel conflitto della pruova testimoniale e della perizia, Giustiniano vuole che superi la prima [3]. L'antica nostra giurisprudenza profferì numerosi arresti sulla materia. Oggi i giudici sono liberi nell'attribuire quella fede che di ragione alla relazione dei periti, e debbono allontanarsene, quando essa è combattuta da testimonianze positive (*).

(1) Vedi gl'interessanti dettagli dati su questa materia, sotto il punto di vista chimico, nel *Trattato di medicina legale* di Duvergie, tomo III, pag. 132 e seguenti.

(2) Novella 73, capo 1.

(3) *Ibidem*, capo III.

(*) Carrè, *Procedura*, art. 195, q. 804, ritiene che nel concorso dei tre generi di pruova, il tribunale sia libero di determinarsi sopra quella che esso crederà, nella sua coscienza, meglio stabilita. Chauveau, *ibidem*, in parità di cose, ammette la seguente gradazione: la pruova per mezzo di documenti merita maggior fiducia di quella testimoniale, e questa la vince a sua volta sulla verificazione per mezzo di periti. Quest'opinione è benanco quella di Pigeau, *Commentario*, t. 1, pag. 444; di Favard, t. V, pag. 919; di Boncenne, tomo III, pag. 475, e di Demiau, pag. 167.

Digitized by Google

Secondo la legge di Ginevra (1), i giudici fanno da loro medesimi la verificazione, colla facoltà d'invocare i lumi dei periti. Questo sistema offre il vantaggio di far maggiormente spiccare il potere che ha il tribunale di esaminare esso medesimo la scrittura: la perizia tecnica vi si trova collocata in second'ordine, senza esserne esclusa, perocchè non bisogna nè abusare delle conoscenze speciali, nè proscriverle.

Anche dopo essersi ridotta a termine la perizia è permesso ai giudici di ordinare una pruova testimoniale, ovvero una prestazione di giuramento (2) (*). Il discorso del tribuno Perrin esprime ben chiaramente su questa materia l'intenzione formale di proscrivere qualunque specie di pruova concepita *a priori*. « Il legislatore, nell'ammettere tre « generi di pruova, esclude quelle « sottigliezze di dritto colle quali « pretendevasi poter misurare l'in- « fluenza di ciascuno sul convinci- « mento del magistrato, e sottoporre « la di lui coscienza alla precisione « del calcolo geometrico; sorgenti « perenni di discussioni e di ragio- « namenti metafisici, i quali tutti « vengono ad infrangersi dinanzi al- « l'infinita varietà delle circostanze, « quali erano le gradazioni imper- « cettibili del linguaggio dei periti « e dei testimonii; e che non ave- « vano altra utilità all'infuori di « quella di spargere l'incertezza nella « giurisprudenza, e di creare dei so- « fismi in favore della mala fede. « Il progetto circonda il magistrato « di tutto quello che può dirigerlo; « esso ne purifica la sorgente, e la- « scia alla di lui coscienza illumi- « nata dalla riflessione e dal racco- « glimento, il decidere sopra i suoi « risultati. » Nondimeno i saggi precetti di Giustiniano e dei nostri antichi scrittori hanno conservato l'autorità della ragione e dell'esperienza; e, in parità di circostanze debbesi ammettere l'inferiorità della pruova per mezzo di periti,

643. Un effetto comune a qualsiasi riconoscimento o verificazione fatta in giudizio d'una scrittura privata contenente obbligazione da parte del soscrittore, si è di produrre ipoteca sopra tutti i suoi beni presenti e futuri (codice civile articolo 2123-2009]. Usciremmo dall'argomento nostro se qui esaminassimo i vantaggi e gl'inconvenienti dell'ipoteca giudiziale, della quale si è di recente proposta la soppressione. Faremo solamente rilevare che uno degli argomenti più gravi invocati dagli avversarii di questa innovazione, si è precisamente l'utilità pratica, sotto il punto di vista del credito personale, di questi biglietti i quali col mezzo di una semplice presentazione in giudizio si trasformano, per così dire, in titoli ipotecarii. Certamente, se si consultasse la sola logica, è bizzarro che, mentre

Questa teorica è stata confermata da un arresto della corte di cassazione del 19 dicembre 1827.

—Per le costituzioni del Ducato di Modena (titolo XX del libro 1, articoli 8 e 9), la verificazione delle scritture si fa per mezzo di testimonii cui sia noto il carattere dello scrivente: non si ricorre alla perizia se non in mancanza di testimonii.—*Il Traduttore*.

(1) Articoli 250 e 251.

(2) Vedi un arresto di rigetto del 19 dicembre 1827.

(*) Unif.: Pigeau, *Commentario*, tomo 1, pag. 444; Thomine, tomo 1, pagina 976; Merlin, *Repertorio*, v. *Successione futura*; Carré, quist. 853; Chauveau, *ibidem;* Rauter, pag. 209; Colmar, 12 luglio 1807; Liége, 15 dicembre 1810; Besançon, 28 luglio 1818 e 5 agosto 1819; Angers, 5 luglio 1820; Cassazione 13 novembre 1816.—*Il Traduttore*.

Digitized by Google

gli atti autentici non hanno più il privilegio di conferire ipoteca, questa prerogativa continui ad appartenere alle scritture private non per altro che perchè si trovano assimilate agli atti autentici [*ibidem*, articolo 1322-1276]. Ma considerazioni puramente logiche debbono forse vincerla sopra ragioni attinte nell'utilità sociale [1] ?

Ad ogni modo, quello che era intollerabile, si è che, giusta il testo del codice civile, il quale non faceva veruna distinzione, quand'anche la verificazione fosse domandata prima della scadenza, il creditore poteva prendere immediatamente iscrizione in virtù della sentenza, e procurarsi in tal guisa, col mezzo di un semplice biglietto, un'ipoteca generale, che il debitore non aveva giammai avuto l' intenzione di accordargli. Rinnovando una dichiarazione di gennajo 1717, la legge del 3 settembre 1807 ha fatto cessare questo abuso, ordinando che non si prenda alcuna iscrizione ipotecaria in virtù di una simile sentenza, se non in mancanza di pagamento dell'obbligazione dopo la scadenza (*).

644. Inoltre, giusta l'articolo 193-287 del codice di procedura, l'attore doveva pagare senza distinzione tutte le spese, quando il convenuto non negava la sua firma. Ma l'articolo 2 della legge del 1807 distingue tra le spese di sentenza e quelle di registro. Le prime rimangono a carico del creditore, quante volte il debitore non nega la sua firma; il fatto ha provato che la precauzione del creditore era superflua, e poco importa sotto questo rapporto che il pagamento non abbia avuto luogo alla scadenza. Non avviene lo stesso relativamente alle spese di registro. Non avendo il debitore pagato all'epoca indicata, il creditore ha dovuto produrre l'atto in giudizio, e, per conseguenza, farlo registrare. L'avversario è quello che deve sopportare le spese di una misura, che egli ha reso per fatto suo indispensabile.

645. Quegli che nega male a proposito la sua firma, è condannato a centocinquanta franchi di multa, oltre i danni ed interessi e le spese [**]. Questa multa è molto antica nel nostro dritto. Essa ritrovasi in Beaumanoir [2], avuto riguardo alla differenza del valore del numerario. « È molto cattiva cosa negare il pro« prio sigillo, e quindi grave ne è « la pena per colui che se ne rende « colpevole, perocchè esso è ritenuto « come frodatore, ed è condannato « ad un'ammenda di sessanta lire in

(1) « L'abolizione dell'ipoteca giudiziale, disse il presidente del tribunale di commercio della Senna (discorso di apertura del 27 dicembre 1851), faciliterebbe la liquidazione di talune successioni esistenti sotto il peso d'ipoteche giudiziali; ma era forse questa una ragione per abolire una istituzione che è pel commercio la base di un credito per così dire incalcolabile ?»

(*) Questa disposizione è stata ripetuta in quasi tutti i codici degli Stati d'Italia. Ecco quello che prescrive l'articolo 2009 del nostro codice : « Quando però la sentenza di ricognizione sarà pronunziata prima della scadenza del debito, non potrà esserne presa veruna inscrizione ipotecaria, se non dopo la scadenza o esigibilità del medesimo; purchè non vi sia stipulazione in contrario ».

—Vedi nello stesso senso l'articolo 2177 del codice parmense, e l'articolo 121 del regolamento legislativo per gli stati pontificii. L'articolo 2178 del codice sardo, modificando in parte la disposizione del nostro codice, prescrive che l'ipoteca non possa mai avere effetto prima della scadenza, non ostante qualunque patto contrario.—*Il Traduttore.*

(**) L'articolo 307 della nostra procedura civile stabilisce a ducati quaranta la multa in parola —*Il Traduttore.*

(2) Capo XXXV, § 4.

Digitized by Google

« favore del sovrano. » Inoltre la cattiva fede dell' attore fa raddoppiare il rigore contro di lui, nell'esecuzione delle diverse condanne che egli incorre. La legge, per tutte siffatte condanne, lo dichiara soggetto all'arresto personale [1] (codice di procedura articolo 213 [*]).

Questa multa non è comminatoria; essa dev' essere pronunziata in tutti i casi, quando siavi stata denegazione. Poco importa che quegli che ha negato la sua firma l'abbia fatto solamente per guadagnar tempo, e siasi in prosieguo ritrattato. Un arresto della corte di Tolosa, che aveva rimesso la multa in un caso simile, fu posto al nulla li 5 gennajo 1820.

§ 4. *Inscrizione in falso relativamente alle scritture private.*

646. La parte alla quale si oppone una scrittura privata, può semplicemente impugnarla o dichiarare di non conoscerla, lasciandone la verificazione a peso dell' avversario; ma questa facoltà è esclusivamente introdotta in suo favore, e quindi essa può rinunziarvi. Essa può di conseguenza, quando lo reputi a proposito, procedere come se si trattasse di un atto autentico, e prendere la via dell'inscrizione in falso, la quale nell' attuale dritto, come nell' antico, si applica ad ogni genere di scritture [2].

Ma avverrà ben di rado che si lasci così volontariamente la parte di convenuto per assumere quella di attore, in una procedura faticosa e complicata, a meno che non si vogliano ricercare le traccie del falso.

647. Tuttavia la querela di falso può essere necessaria per far cadere la fede di una scrittura privata: questo avviene quando la medesima sia stata verificata in giudizio. La legge, la quale non ha voluto ammettere nel novero delle scritture di confronto quelle di cui la sincerità non è stabilita se non colla via sospetta della verificazione di scritture, ha dovuto, per essere conseguente a se stessa, permettere agli interessati di proporre querela di falso contro queste stesse scritture. Un arresto del parlamento di Parigi del 12 giugno 1691 ammise infatti la querela di falso, malgrado parecchie verificazioni fatte anteriormente del documento controverso. « E non s'incoraggirebbe il misfatto, « dice l'oratore del tribunato, se una « semplice verificazione, diretta *dal* « colpevole medesimo, potesse assi- « curargli l'impunità? » *Egli* è vero che il ministero pubblico non sarebbe disarmato: ma gl'indizii della falsità sovente non si manifestano con evidenza se non in seguito dei procedimenti civili.

« La parte la quale pretende, di- « ce l'articolo 214-309 del codice di « procedura, che un documento no- « tificato, comunicato o prodotto nel « corso della procedura sia falso, o « falsificato, può, se vi ha luogo, « essere ammessa a tentare proce- « dura di falso, quando anche in « altro giudizio, sia in contradizione « dell' attore, sia in contradizione « del reo, detto documento sia stato

(1) Quand'anche la verificazione si fosse fatta con azione separata, l'arresto personale potrebbe aver luogo per l'esecuzione della condanna principale pronunciata separatamente. Il testo e lo spirito della legge giustificano questa soluzione.

(*) L'articolo 307 della nostra procedura, modificando il corrispondente articolo 213 della procedura francese, ha soppresso la disposizione dell'arresto personale in questa materia.—*Il Traduttore.*

(2) Vedi l'ordinanza del 1737, titolo 2, articolo 1, ed il codice di procedura, articolo 214-309.

Digitized by Google

« verificato per un oggetto diverso « da quello di una procedura di « falsità principale o incidente ; e « che in conseguenza sia stata pro- « nunziata una sentenza sull'appog- « gio del predetto documento con- « siderato come vero ».

648. Quest'articolo non è che la riproduzione degli articoli 1 e 2 del titolo dell' ordinanza del 1737 sul falso incidente. Bisogna quindi interpretarlo come interpretavasi quell'ordinanza. Di conseguenza non bisogna dare un' estenzione esagerata allo restrizione indicata da quelle espressioni : *per un oggetto diverso da quello di una procedura di falso principale o incidente*, e credere che la sentenza profferita dietro tali procedure abbia l' autorità della cosa giudicata contro i terzi, quando il documento sia stato dichiarato vero.

I commentatori dell' ordinanza [1] non veggono in queste espressioni se non l'applicazione della massima *non bis in idem*; cioè la proibizione d'intentare querela di falso per la parte rimasta già succumbente in una procedura di falso sullo stesso documento. Non v'a cosa che dimostri che i redattori del codice di procedura, nel riprodurre le stesse espressioni, abbiano avuto l' intenzione d' innovare. I dritti dei terzi resteranno quindi intatti. Se il falso è stato istruito in linea civile solamente, la cosa giudicata non potrà avere effetto se non tra coloro che sono stati parti in giudizio. Se vi sono stati procedimenti criminali, noi vedremo, nel trattare della cosa giudicata, l' influenza che possono avere tali procedimenti sul dritto dei terzi. Ad ogni modo, è impossibile ammettere l' autorità assoluta che una interpretazione letterale attribuirebbe a qualsiasi decisione criminale o civile, che avesse dichiarato vero un documento impugnato di falso.

649. Del resto la procedura del falso sarà sempre la stessa, sia che trattisi di una scrittura privata, sia che trattisi di un atto autentico.

SECONDA SEZIONE.

Scritture non sottoscritte.

650. Una scrittura privata, noi l'abbiamo detto, non è in generale valida, giusta le nostre leggi, se non quando è rivestita della firma della parte che si obbliga. Nondimeno le scritture non firmate possono, in talune circostanze, far fede contro colui che ne è l' autore, non mai però in suo favore (codice civile articolo 1331-1285). « Exemplo perni- « ciosum est, ut ei scriptura credatur « qua unusquisque adnotatione pro- « pria debitorem sibi constituit (2). » Quindi la corte suprema, li 2 maggio 1810, annullò una decisione che avea permesso di deferire il giuramento suppletorio ad una parte la quale non aveva altro che dei libri domestici da lei tenuti per giustificare il credito suo. Facevasi eccezione in Roma per li *nomina transcriptitia*, d' onde nasceva l' obbligazione letterale, ed anche oggi fra noi havvi eccezione pei registri dei mercanti, dei quali parleremo nel trattare della pruova precostituita in vantaggio dell'attore.

651. Le scritture private non sottoscritte, suscettibili di far fede contro colui che n'è l'autore sono di due specie. Consistono le une nei documenti più o meno regolari, per mezzo dei quali un particolare comprova

(1) Vedi Serpillon, sull'articolo 2 dell'ordinanza del 1737, titolo 2.

(2) Gord. legge 7, cod. *de probationibus*.

Digitized by Google

lo stato delle sue faccende; le altre in talune menzioni che si riferiscono ad un titolo regolare, di cui esse tendono a modificare o a distruggere gli effetti.

652. Parliamo dapprima delle scritture che si trovano sui registri dei particolari. Redatte dal solo debitore, che vuol rendere a se medesimo conto delle proprie faccende, ma senza essere costretto ad alcuna forma, ad alcun ordine regolare, esse non possono tutto al più costituire che un principio di pruova per iscritto. Boiceau (1) accorda nondimeno ad esse intera fede quando enunciino un pagamento ricevuto. Questa prima eccezione, riprodotta dal codice civile (articolo 1331-1285), si giustifica, tanto pel favore della liberazione, che per l'estrema verosimiglianza, in fatto, della realtà del pagamento, che non si usa ordinariamente registrare prima di essersi ricevuto.

Una seconda eccezione, che i redattori del codice hanno preso in prestito da Pothier (2), esiste nei casi in cui il registro del debitore contenga la menzione espressa di aver fatto il notamento per supplire la mancanza di titolo a favor di colui, a vantaggio del quale s'è contratta l'obbligazione; come se si fosse detto che il creditore non abbia voluto ricevere biglietto. La menzione, in questo caso, non è più semplicemente pel debitore un mezzo onde conoscere nei suoi conti lo stato delle sue faccende, ma è destinata a far le veci di titolo pel debitore, e quindi debbesi supporre che si prenderà cura di cancellarla, quando l'obbligazione sarà estinta. Nella specie precedente, all'incontro, la cancellatura posteriormente fatta della menzione del pagamento non potrebbe in generale distruggere la pruova che risultava da siffatta menzione. Il debitore non può distruggere a suo talento la pruova acquistata dal suo creditore, a meno che non giustifichi un errore da parte sua.

Ma un registro non può mai far fede in favore di colui che lo tiene. Invano pretenderebbe egli che il titolo è indivisibile, e che alla stessa menzione che comprova l'estinzione del credito si lega intimamente la menzione di un debito contratto in suo favore dall'antico suo creditore; le due menzioni possono perfettamente isolarsi (3) [*]. In questo, altronde, non havvi altro che l'applicazione delle regole ordinarie sull'indivisibilità della confessione (4).

653. Il testo parla di registri o di *carte domestiche*. In generale si attribuirà maggiore importanza alle annotazioni registrate in libri o quaderni destinati ad essere conservati anzichè a semplici notamenti sopra fogli volanti. Ma i termini della legge com-

(1) Parte 2, capo 8, numero 14.

(2) Trattato delle obbligazioni num. 259.

(3) Vedi un arresto di annullamento del 16 dicembre 1833.

(*) Zachariae, § 738; Toullier t. VIII, num. 840; Duranton, tomo XIII, numero 621; cassazione, 2 maggio, 1810; Bruxelles, 28 giugno 1831; Bruxelles cassazione, 28 gennajo 1833.

— È stato nondimeno deciso che le annotazioni dei libri d'introito, regolarmente tenuti da persone godenti di un'intatta riputazione, possono formar la pruova che il pagamento abbia avuto luogo, e che quindi siasi interrotta la prescrizione contro il debitore di una rendita prediale di cui il titolo non sia esibito. Bruxelles, 26 gennajo 1820.

— Lo stesso è delle annotazioni di pagamento degl'interessi di una rendita, nei registri o nei libri d'introito delle corporazioni. Bruxelles, 12 febrajo 1829; Liegi, cassazione, 21 dicembre 1825; Bruxelles, 9 luglio 1832.

— *Idem*, dei sommarii dei ricevitori dei demanii. Bruxelles, 12 febrajo 1821. — *Il Traduttore*.

(4) Vedi il numero 293.

Digitized by Google

prendono le carte domestiche d'ogni natura, e serebbe quindi irragionevole respingere in un modo assoluto l'autorità dei fogli volanti, principalmente nell' opinione di coloro i quali, come noi, non richiedono, a pena di nullità, l'inscrizione sopra un registro degli atti dello stato civile (1). Altronde non può mettersi in dubio che i giudici, avendo un potere assoluto per determinare ciò che costituisce un principio di pruova per iscritto, possono trovare questo carattere in uno scritto qualunque purchè sia della mano del debitore.

La difficoltà è maggiore nei casi in cui le carte debbano fare piena fede contro colui che l' ha scritto. Il tribunale deve esaminare con accuratezza le circostanze della causa e le abitudini di colui che ha redatto l'annotazione. Di conseguenza debbesi ammettere più facilmente l'autorità del foglio volante, quando siavi espressa menzione che il notamento è stato fatto per supplire la mancanza del titolo. Quando havvi solamente enunciazione d'un pagamento ricevuto, questa enunciazione potrebbe non essere che un progetto di quietanza redatto dal creditore sulla speranza di un pagamento che poscia non si verificò. Avverrebbe altrimenti se la stessa enunciazione figurasse in un inventario, come spesso i particolari ne fanno sopra fogli volanti, per rendere a loro medesimi conto della loro posizione.

654. Se il notamento in cui mi riconosco debitore di un terzo è sottoscritto, la firma equivale, secondo Boiceau e secondo Pothier (2), alla menzione espressa che le parti hanno voluto supplire la mancanza del titolo. L'opinione di questi scrittori, comunque ragionevole, non è stata riprodotta dal codice civile, e quindi i giudici possono, secondo le circostanze, scorgere nel notamento firmato, una pruova completa, o un principio di pruova per iscritto.

655. Le disposizioni delle nostre leggi sulla fede dei registri domestici suppongono, a quanto sembra, che una delle parti possa costringere l'altra ad esibire i proprii registri. Tuttavia è ben certo che non potrebbesi qui, come in materia commerciale [codice di commercio, articoli 15-22 e 17-23], ordinare, anche di officio, l'esibizione de' registri dell'avversario poichè i particolari non sono obbligati a tenerne. Il rifiuto di esibizione non potrebbe neanco, da se solo, autorizzare il giudice a deferire il giuramento all' attore. Solamente, quando l'esistenza di simili libri sia in fatto stabilita, il che avverrà il più sovente dopo un inventario, il giudice avrà un potere illimitato per ordinare la produzione; ma questa non è mai per esso un' obbligazione legale (3) [*].

656. La scrittura non firmata può riportarsi ad un titolo preesistente. Allora essa può tendere, o a provare l'estinzione del credito stabilito da questo titolo, o, per l' opposto, a stabilire un credito addizionale. Il primo di questi casi è il solo preveduto dalle nostre leggi.

657. Per quanto concerne le annotazioni tendenti alla liberazione del debitore, ecco quale si era la

(1) Vedi il numero 451.

(2) *Loco citato.*

(3) Vedi un arresto di rigetto del 15 febrajo 1837.

(*) Unif.: Toullier, t. VIII, num. 404, e Duranton, t XIII, num. 210.

Zachariae, § 738, non ammette che si possa costringere la parte contraria all'esibizione dei libri, se non nel caso che questi fossero comuni alle due parti. Questa è pure l' opinione di Merlin, *Repertorio* v. *compulsoria*, § 2. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

teorica dell'antico dritto, tale almeno quale essa era stata formulata da Pothier (1). Secondo questo giureconsulto, quando le annotazioni non sottoscritte, tendenti in tal guisa a far pruova della liberazione, siano poste nella fine, nel margine o nel dorso di una scrittura sottoscritta, bisogna distinguere se l'atto sia restato continuamente presso il creditore, ovvero se sia in possesso del debitore. Nel primo caso, l'annotazione tendente alla liberazione fa fede, qualunque siasi la mano che l'abbia scritto, quand'anche si fosse quella del debitore, perchè è più che probabile, si dice, che il creditore non avrebbe lasciato scrivere tali ricevute sul dorso del biglietto, se realmente non ne avesse rivevuto il pagamento. Nel secondo caso, l'annotazione non fa fede se non quando è fatta dal creditore; non dev'essere in potere del debitore liberarsi, facendo scrivere da un terzo la ricevuta.

658. Questo sistema è forse quello del codice civile? È ben difficile il crederlo, quando si paragoni la redazione diffinitiva votata dal consiglio di Stato, col progetto di codice che era concepito in questi termini: « L'annotazione posta in fine, nel margine o nel dorso di un titolo rimasto continuamente in possesso del creditore, sebbene non sottoscritta, nè datata da lui, fa fede, quando tenda a far pruova della liberazione del debitore. » Questo importava consacrare la teorica di Pothier. Ma la sezione di legislazione modificò singolarmente questa redazione, aggiungendovi le parole *dal creditore*, che passarono nel testo del codice. Taluni gravi scrittori, dei quali avevamo dapprima abbracciato l'opinione, non videro in quest'aggiunzione che un semplice *lapsus*, una ripetizione involontaria di quello che era stato utilmente aggiunto, come vedremo, nella seconda parte dell'articolo 1332-1286; ma, qualunque siasi l'autorità di Pothier, può essa prevalere sulla lettera della legge? Certamente, è eminentemente verosimile che l'annotazione scritta sopra un titolo che è sempre restato in potere del creditore sia stata apposta col consenso di lui. Ma il contrario può avvenire, per esempio, durante una malattia. Non è quindi lecito trasformare in presunzione di dritto una semplice verosimiglianza, stando troppo esclusivamente alle tradizioni dell'antico dritto [2]

659. Da un altro canto, quando l'annotazione è della mano del creditore, sembra perfettamente inutile richiedere che il titolo sia sempre *restato in suo potere*, come lo suppone il testo. Quindi vi sono taluni scrittori i quali, sebbene conservino puramente e semplicemente nell'articolo 1332-1275 quelle parole: *dal creditore*, non attribuiscono alcuna importanza al fatto del possesso del titolo per questo medesimo creditore. Secondo essi, questo è un vestigio del progetto del codice, secondo il quale questo possesso era indispensabile, precisamente perchè l'annotazione poteva essere della mano d'una persona qualunque. Quando il creditore stesso è quegli che ha fatto la menzione liberatoria, a quale scopo richiedere che il titolo sia restato in poter suo? Non havvi forse un argomento *a fortiori* da trarre dalla presunzione di liberazione che si attri-

(1) Numeri 761 e 762.

(2) Nella specie decisa dalla corte di Colmar, l'annotazione era stata fatta dallo stesso debitore: Pothier infatti estende, come abbiamo veduto, la presunzione sino a questa ipotesi (lo stesso numero 761).

Digitized by Google

buisce alla semplice tradizione del titolo [codice civile articolo 1282-1236]?

Non può mettersi in dubio che una simile menzione rende eminentemente probabile la liberazione del creditore: ma questa non è che una probabilità, ed è possibile che il titolo contenente siffatta indicazione sia stato affidato ad un terzo incaricato della riscossione del credito; perocchè se fosse stato consegnato al debitore, il solo fatto della tradizione porterebbe seco la liberazione, e l'annotazione sarebbe superflua: il che risponde al preteso argomento *a fortiori* tratto dall'articolo 1282-1236. Fattasi una volta per noi astrazione dall'antica teorica per appigliarci strettamente ai termini del codice, è ben certo che la presunzione di dritto non esiste se non quando il titolo sia rimasto in potere del creditore. Che se questo non è avvenuto, l'annotazione è sempre almeno un principio di pruova per iscritto ed i giudici possono pronunziare la liberazione del debitore poggiandosi o sopra la pruova testimoniale o sopra presunzioni di fatto: il che impedisce che l'applicazione letterale della legge abbia gravi inconvenienti nella pratica.

660. Il codice suppone in seguito, con Pothier (1), che l'annotazione tendente a comprovare la liberazione sia stata apposta sopra un documento destinato per sua natura a rimanere tra le mani del debitore: per esempio, in margine del duplicato di un atto di vendita, esistente nelle mani del compratore debitore del prezzo, ovvero appiè di una quietanza precedente regolarmente sottoscritta, parimente in possesso del debitore. Qui si è dovuto richiedere, anche nell'antica teorica, che l'annotazione sia posta dal creditore, perocchè altrimenti la frode sarebbe stata troppo agevole pel possessore dello scritto: per tale motivo il consiglio di Stato rimise le parole *dal creditore*, omesse, certo involontariamente, nel progetto del codice.

Il legislatore vuole qui che la scrittura alla quale si è aggiunta la menzione liberatoria, sia nelle mani del debitore (2). In proposito sonosi mossi taluni dubii per quella vaga espressione *duplicato di un titolo*, adoperata dalla legge. È chiarissimo che quando si tratta del duplicato dell'atto di vendita posseduto dal venditore creditore del prezzo, l'annotazione posta da lui appiè di tal duplicato fa fede della liberazione del compratore. Ma noi ricadiamo allora nell'ipotesi preveduta dal primo comma dell'articolo 1332-1286. Per comprendere il testo del codice, conviene riportarci al passo corrispondente di Pothier, dove non si parla d'altro che del duplicato del contratto di vendita *che si trova in potere del compratore debitore del prezzo*. Per quanto concerne l'annotazione apposta dal debitore a tal duplicato o ad una quietanza precedente, soli casi che il legislatore ha avuto di mira, la condizione che il documento si trovi nelle mani del debitore si comprende agevolmente. «Se ciò non fosse, dice il si-

(1) Trattato delle obbligazioni, numero 762.

(2) Il raddrizzamento della redazione dell'articolo 1332-1286 è stato fatto in un modo inesatto, che non ha contribuito poco all'oscurità del secondo comma di questo articolo. Dopo aver parlato del duplicato di un titolo o di una quietanza avrebbesi dovuto aggiungere: purchè tal duplicato o *tale quietanza* si trovi presso del debitore: mentre il testo, limitandosi a dire: « purchè tal duplicato sia presso del debitore, » potrebbe far supporre che trattasi del duplicato di un titolo o del *duplicato di una quietanza*, il che è inammessibile perchè una quietanza non si fa

Digitized by Google

gnor Demante (1), potrebbe supporsi che il debitore abbia riconsegnato al creditore un duplicato o la sua precedente quietanza, in vista di un pagamento annunziato per far disporre la quietanza, e che costui non abbia ritenuto lo scritto [dopo fatta la menzione], se non perchè il pagamento non si è verificato.»

661. Riassumendo, la legislazione moderna, divergendo in ciò dall'antico dritto, non attribuisce alcuna importanza all'annotazione liberatoria apposta in un titolo da tutt'altri che dal creditore. Supponendo che l'annotazione sia stata fatta dal creditore, bisogna distinguere se il documento al quale è stata apposta doveva restare presso del creditore ovvero presso del debitore.

Nel primo caso, l'annotazione fa piena fede, quando il documento sia sempre rimasto presso il creditore: nel secondo caso, è d'uopo, all'incontro, che il documento sia tra le mani del debitore. In entrambe le ipotesi, principalmente nella prima, i giudici dovranno esaminare se l'annotazione, essendo della mano del creditore, debba essere considerata come un principio di pruova per iscritto, capace di essere completato per mezzo della pruova testimoniale o delle presunzioni.

Rileveremo nondimeno con Pothier (2) una differenza importante tra le due ipotesi prevedute dall'articolo 1332-1286. Può avvenire che l'annotazione liberatoria sia stata cancellata dopo essere stata apposta. Questa radiazione non ha importanza di sorta quando trattasi di un atto rimasto presso del creditore, perciocchè non deve dipendere da lui e molto meno dai suoi eredi, di distruggere, cancellando lo scritto, la pruova che vi si trova contenuta. Non avviene lo stesso della quietanza scritta di carattere del creditore sopra un atto rimasto in potere del debitore; è chiaro, da un lato, che il debitore non l'avrebbe lasciato cancellare, se il pagamento si fosse verificato: e dall'altro lato è da credersi che il creditore avesse scritto la quietanza, oggi cancellata, in vista di un pagamento che non si verificò.

662. Il caso in cui l'annotazione non sottoscritta tendesse a stabilire un supplimento di credito, non è preveduto dalle nostre leggi. Boiceau (3) fa su questo punto una distinzione molto ragionevole. O l'annotazione apposta al biglietto dopo la firma è uno sviluppo dell'obbligazione precedente, come se si dice: Io mi obbligo inoltre a pagare tali interessi, o a rimborsare il credito a tal'epoca; ed allora l'aggiunzione si confonde colla disposizione principale. O, per l'opposto, l'aggiunzione è affatto indipendente dalla scrittura sottoscritta, ed allora il fatto che quest'aggiunzione non è stata nello stesso modo sottoscritta, deve farla considerare come un semplice progetto, che non è stato recato a termine. Riprodotta letteralmente da Pothier (4), questa teorica non è certamente obbligatoria pei giudici nel silenzio del codice; ma le decisioni che l'adottassero, non potrebbero essere considerate come illegali, perchè gli atti sotto firma privata non

giammai in doppio originale. Ma ogni difficoltà svanisce quando ci riportiamo al passo di Pothier (numero 766), che evidentemente il legislatore questa volta non ha voluto se non riprodurre.

(1) Programma del codice civile, t. II, num. 809.
(2) Trattato delle obbligaz., n. 761 e 762.
(3) Parte 2, capo 2, § 2.
(4) Trattato delle obbligazioni, n. 763.

Digitized by Google

hanno nulla di solenne, e perchè, se devesi richiedere in un testamento olografo che tutto sia terminato colla firma del testatore, non havvi la stessa ragione per decidere nello stesso modo per le altre scritture private, le quali non sono soggette ad alcuna forma determinata.

663. Nei varii casi da noi or ora percorsi, è ben sottinteso che la scrittura, quando sia impugnata, dev'essere verificata, perocchè una scrittura non verificata, nè riconosciuta, non può neanco valere per principio di pruova. E poco importa che la natura dell'annotazione renda difficile la pruova dell' autenticità sua. Delle semplici cifre possono sinanco, come lo decise altravolta un arresto del consiglio del 23 giugno 1773, essere verificate nella forma ordinaria. La difficoltà della pruova non potrebbe distruggere il principio costante che non permette di ammettere alcuna scrittura di cui la sincerità non sia riconosciuta.

TERZA SEZIONE.

Tacche.

664. La parola *tacca* o *taglia*, che viene dal latino *talea* (cioè, secondo Ducange, *ramus incisus*) indica un pezzo di legno tagliato in due parti uguali. L'una delle metà, che conserva il nome di *tacca*, è conservata dal somministratore; l'altra metà, che viene consegnata al consumatore, prende il nome di *riscontro*. All' istante della somministrazione, si ravvicina la tacca al riscontro, e vi si fanno degl'incavi trasversali che si chiamano *tagli*. La taglia ed il riscontro servono alla reciproca verificazione, come altravolta la carte divise (1).

Quando le due metà sono ravvicinate e si corrispondono, le somministrazioni si trovano comprovate per la confessione del consumatore, nello stesso modo, che se questa confessione fosse contenuta in un atto autentico.

« Le tacche corrispondenti a quel-
« le di riscontro, dice l'art. 1333-
« 1287 codice civile, fanno fede tra
« le persone le quali costumano di
« comprovare con tal mezzo le som-
« ministrazioni che fanno e ricevono
« a minuto. »

665. Questa non è una pruova testimoniale, ma una specie di pruova scritta. Quindi debbesi decidere con Boiceau (2), quel che per altro risulta dai termini generali della legge, che, anche al di sopra della cifra stabilita per l' ammessibilità della pruova testimoniale, cioè, nel dritto attuale, al di sopra di centocinquanta franchi, le tacche devono far fede tra le parti.

Devesi forse dire lo stesso dei terzi? Boiceau ci riferisce [3] che l'affermativa fu decisa a' tempi suoi, in una specie in cui un macellajo, che avea somministrato delle pelli ad un conciapelli, fu ammesso, non solamente a concorrere per contributo cogli altri creditori, ma sinanco ad esercitare la rivendicazione delle pelli stesse in mancanza di pagamento del prezzo; il tutto sulla fede di tacche corrispondenti a quelle di riscontro.

Danty (4) nega, per l'opposto, ogni fede alle tacche relativamente ai terzi; e questa divergenza di opinione si spiega istoricamente, perocchè i principii sulla certezza della data

(1) Vedi il num. 603.
(2) Parte II, capo IX, § 3.
(3) Nelle stesso capo IX.
(4) Aggiunta sopra il capitolo IX.

Digitized by Google

non erano peranco bene assodati nel tempo in cui Boiceau scriveva. Nondimeno l'opinione di lui dev'essere ammessa nella specie da lui citata, perocchè trattavasi delle relazioni di un conciapelle e di un macellajo, ed è ben noto che, nelle relazioni commerciali, non si richiede data certa, anche in faccia ai terzi. Da commerciante a particolare, l'opinione di Danty dev' essere preferita, per lo meno per quanto concerne l'esercizio di un dritto di rivendicazione o di privilegio speciale. Ma il somministratore sarebbe incontrastabilmente ammesso a concorrere per contributo, perocchè tra creditori chirografarii la questione della data non ha importanza di sorta. Il divieto di avvalersi di un titolo che può essere stato foggiato posteriormente non ha luogo se non quando invocasi una preferenza speciale. Tale sembra essere il voto della legge allorchè essa non accorda fede intera alle tacche *se non tra le persone le quali costumano di comprovare con tal mezzo talune somministrazioni.* Altronde non è impossibile che il riscontro abbia acquistato una specie di data certa. Questo avverrebbe nel caso in cui lo stesso fosse stato messo sotto sigillo dopo decorione o morte, ed in cui l'esistenza ne fosse stata comprovata dall'inventario.

666. La parte attaccata dal somministratore coll'esibizione della tacca, può non presentare il riscontro, ovvero allegare di averlo smarrito, ovvero pretendere non essersi giammai comprovata in tal guisa alcuna somministrazione. Nella prima ipotesi, la colpa è sua, essa doveva procurarsi una nuova tacca; la metà esistente presso del somministratore farà fede, in mancanza del riscontro a meno che non si provi esservi frode da parte sua. La consuetudine di Tournai (1) decideva, nella specie, che la tacca esibita dall' attore si *avesse per verificata*. Nella seconda ipotesi, quando il consumatore sostiene non esservi stato giammai riscontro nelle sue mani, la tacca, rigorosamente parlando, è sfornita d'ogni forza probante, perocchè essa costituisce un titolo emanato dal solo commerciante (articolo 1329-1283). Tuttavolta, quando il somministratore godesse di una buona riputazione e le somministrazioni fossero verosimili, noi saremmo disposti a considerare gl'intagli fatti sulla tacca, come equivalenti alle *annotazioni* inserite dal mercatante sui suoi libri, in guisa da permettere al giudice di deferire il giuramento suppletorio al somministratore o al di lui avversario (lo stesso articolo 1329-1283) (*).

QUARTA SEZIONE.

Fede delle scritture private in materia criminale.

667. Le scritture private possono spiegare grande influenza in un procedimento criminale, tanto se il corpo stesso del delitto consista in una scrittura, quanto se la scrittura sia semplicemente invocata come pruova di un delitto di uua natura qualunque.

668. Nella prima ipotesi, se si tratta, per esempio, di falso, di corrispondenza contro la sicurezza dello Stato (codice penale articolo 76-105 e seguenti), di minacce fatte per i-

(1) Dell'Ampliazione, articolo 14.

(*) Duranton (tomo XIII, numero 234) emette un'opinione conforme a quella del Bonnier. Gli annotatori di Zachariae, signori Aubry e Rau (sul § 759) ritengono che questa teorica manchi d'esattezza, ma non ne danno la dimostrazione.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

scritto (*ibidem*, articolo 305-161), la quistione della sincerità della scrittura è cardinale, poichè fuori dello scritto non havvi più processo. In tal caso, quando la scrittura è impugnata, la verificazione è di un'estrema gravità. Qui l'arte congetturale dei periti dev'essere consultata con molta diffidenza, e debbesi sempre preferire al loro rapporto la pruova testimoniale, quando sia possibile procurarla. Numerosi esempii, tratti dall'antica nostra giurisprudenza, attestano il pericolo che s'incontra nel prestar fede ai periti calligrafi. In tre cause quasi identiche, quella dei canonici di Beauvais, del vicario di Jouarre e del curato d'Orléans [1], venerabili ecclesiastici furono accusati di avere scritte delle lettere anonime ingiuriose; in ciascuna di queste occasioni, quattro periti dichiararono unanimamente che le lettere erano della mano degli accusati, e non pertanto l'innocenza di costoro fu alla fine chiaramente riconosciuta, essendo stato scoverto il vero autore delle lettere.

Sebbene questi fatti siano posteriori alla redazione dell'ordinanza criminale del 1670, l'esperienza avea fatto sin da quell'epoca riconoscere tutto il pericolo della perizia. Un trattato di Levayer sulla comparazione delle scritture (2), redatto all'occasione del processo di Fouquet, aveva messo in mostra quanto havvi di arbitrario in questo modo di verificazione, quando applicasi precisamente alle materie criminali. *Comparatio facit dumtaxat fumum*, tale era la sua conclusione. Per questa ragione erasi proposto d'inserire nel titolo VIII dell'ordinanza del 1670, un articolo così concepito: « Sulla sola deposizione dei periti e senz'altre pruove, amminicoli o presunzioni, non « potrà profferirsi alcuna condanna di pena afflittiva o infamante. » Ma l'avvocato generale Talon fece rimarcare quanto sarebbe pericolosa una disposizione di questa natura, che tenderebbe sovente a distruggere la sola pruova che il giudice possa procurarsi, attesa la natura del fatto. Su queste osservazioni, sostenute dal presidente Lamoignon, l'articolo fu tolto.

Oggi il codice d'istruzione criminale non fa allusione al confronto di scritture se non in materia di falso; ma non può mettersi in dubio che debbesi seguire la stessa via, quando trattasi di verificare una scrittura. Certamente, la storia dell'antico dritto e quella del dritto attuale (3) devono rendere i giurati ed i giudici molto circospetti nel condannare sopra un semplice rapporto di periti; ma bisogna riconoscere che, in molti casi, le decisioni dei periti si sono trovate esatte, e che sarebbe troppo pericoloso il rigettarle d'una maniera assoluta.

Quello che per noi si è detto sull'importanza della scelta dei periti nella procedura di verificazione di scritture (4) applicasi a ragion più forte in materia criminale. A quanto sembra, la giurisprudenza alemanna non va neanco esente da critica sotto questo rapporto. « Vedesi sovente, « e molto male a proposito, dice il « signor Mittermayer (5), l'inquisi-

(1) Merlin, *Repertorio*, v. *Confronto di scritture*.

(2) Esso ritrovasi alla fine del *Trattato della pruova testimoniale*, di Boiceau, edizione di Danty.

(3) Vedi precisamente la causa La Roncière.

(4) Vedi il num. 641.

(5) Della pruova in materia criminale, capo LI.

« tore chiamare i professori di cal-
« ligrafia del luogo: costoro, perfet-
« tamente adatti a decidere della bel-
« lezza, della tindura della mano,
« non lo sono sempre del pari quan-
« do trattasi di comprovare la ras-
« somiglianza di due corpi di scrit-
« tura. È cosa ben certa che indi-
« vidui i quali, pel fatto stesso delle
« loro funzioni [impiegati del regi-
« stro, archivarii, contabili] veggono
« giornalmente passare sotto i loro
« occhi scritture d'ogni sorta, ed
« hanno l'occasione frequente di far-
« ne un esame profondo, saranno
« molto meglio in istato d'illuminare
« la coscienza dei giudici. »

669. Quando le scritture invocate non costituiscono il delitto, ma solamente dei documenti tali da comprovarlo, la verificazione delle scritture offre in generale minore interesse, e riesce inutile complicarsi nelle lentezze di una perizia, quando abbiansi delle pruove più dirette nella deposizione dei testimoni. Talvolta però le scritture sono di un'alta importanza. Così, la corrispondenza, in materia di complicità di adulterio, è il solo mezzo ammessibile, quando manchi la flagranza del delitto (codice penale art. 338) o la confessione (1).

Quando le carte sono state sorprese nel domicilio dell'imputato, gli riesce più difficile negarne la sincerità. Per questa ragione la legge vuole che la giustizia si assicuri di tali documenti, e che se ne comprovi accuratamente l'identità. Nei casi di flagranza [2], il procuratore della republica o i suoi uffiziali di polizia ausiliaria [codice d'istruzione articolo 36 e seguenti], e in tutti i casi il giudice istruttore [*ibidem*, articolo 87 e seguenti], debbono trasferirsi nel domicilio dell'imputato ed eseguire la perquisizione di tutte le carte giudicate utili alla scoverta della verità. Queste vengono a lui presentate onde riconoscerle e cifrarle; in caso di rifiuto, se ne fa menzione nel processo verbale. Le carte vengono poscia chiuse e sigillate. In prosieguo le stesse figurano tra' documenti di convinzione che si presentano all'udienza.

670. Le perquisizioni fatte in caso di flagranza dal procuratore della republica o da' suoi ausiliarii, non possono aver luogo che nel domicilio dell'imputato o dei suoi presunti complici. Il giudice d'istruzione, per l'opposto, può trasferirsi in qualunque altro luogo, quando abbia sospetti che vi si trovino occultati documenti di convinzione [*ibidem*, articolo 88]. Tuttavia, è fuor di dubio che, se nel punto in cui si sta per procedere ad una visita domiciliare, le carte sospette siano state consegnate ad un terzo, qualunque uffiziale che abbia qualità per istendere un verbale in caso di flagranza, avrebbe la facoltà di eseguire una visita nel domicilio di questo terzo. L'attribuzione che si è voluto riservare al giudice istruttore, si è quella di eseguire ricerche presso terzi contro i quali non sorgano che dei nudi sospetti.

Il giudice d'istruzione ha il dritto d'impossessarsi delle lettere dirette all'imputato, e di dissuggellarle, per prenderne conoscenza, come venne deciso dalla corte di assise d'Indre e Loire, li 11 giugno 1830. Non potrebbesi punire come viola-

(1) Vedi il num. 301.

(2) Cioè quando trattasi di un misfatto, ai termini dell'articolo 32 del codice d'istruzione; ma noi abbiamo fatto osservare (numero 79, nota 1) che la giurisprudenza estende ai delitti propriamente detti le attribuzioni del ministero publico.

Digitized by Google

tore del segreto delle lettere (codice penale articolo 137) il funzionario che per una necessità d'ordine publico è costretto a prendere questa grave misura. L'assemblea legislativa del 1849 si pronunziò in questo senso, all'occasione che le si era presentato un reclamo relativo alla legalità di una misura di questa natura [1].

671. Le scritture in tal modo sorprese non sono, in generale, delle pruove precostituite, ma corrispondono a quello che Bentham chiama *scritture casuali*, cioè registri o note che non erano destinate ad essere publicate. Si ritrovano nel publicista inglese [2] delle buone osservazioni di dettaglio sulle circostanze che possono militare pro o contro l'autorità delle scritture di questa specie, che non sono se non una delle forme della confessione stragiudiziale. L'antica nostra pratica criminale ha sovente abusato di questo modo di pruova in materia politica. È noto che Laubardemont si vantava di produrre la rovina di un accusato, *purché gli si fossero date sei linee di scritto*.

672. Se debbesi usare precauzione nel consultare le carte sorprese nel domicilio dell'imputato o altrove, quando trattasi di pronunziare sulla sua colpabilità, debbesi procedere con circospezione ancora maggiore nell'istruzione, quando tali scritture tendono ad incolpare terzi. Questa sola circostanza è un indizio insignificante e spesso fallace, quando non si trovino altre pruove in sostegno. Si fu così che, nella famosa congiura Mallet, il generale che scontò colla vita l'audacia sua, aveva annotato sopra una lista di funzionarii indicati pel nuovo governo, delle persone completamente estranee alla cospirazione. Parimente, i Vandei, i di cui disegni andarono a vuoto nel porto della Claye, li 3 maggio 1832, aveano formato un piano di organizzazione militare in cui essi facevano comparire parecchi uffiziali contro i quali non si diresse alcun procedimento, perciocchè venne comprovato che anche costoro erano stati indicati senza essere stati in proposito consultati.

673. Le scritture private propriamente dette non si presentano affatto in materia criminale se non quando si tratta di una pruova pregiudiziale, per esempio, della comprovazione di un mandato, di un deposito, di cui si alleghi la violazione. Noi abbiamo riconosciuto [3] che, in tesi generale, la giurisdizione criminale rimane competente per decidere quistioni di tal natura, ma che l'esclusione della pruova testimoniale si applica nel criminale, nello stesso modo come nel civile.

TERZO MODO DI PRUOVA SCRITTA.

DICHIARAZIONE DELL'ATTORE.

Libri dei mercatanti.

674. I nostri commercianti, come altravolta gli *argentarii* in Roma, hanno l'obbligo di tenere registri regolari, ove essi scrivono ogni giorno le loro operazioni. Tali scritture, essendo destinate ad essere prodotte in giudizio, se vi è luogo, possono far fede, non solamente contro il mercatante che le ha redatto,

(1) Vedi il Monitore del 23 ottobre 1849.
(2) Pruove giudiziarie, libro VI, capitolo III.
(3) Vedi il num. 178.

Digitized by Google

ma benanco in suo favore; il che non è giammai ammesso per le carte domestiche.

675. Per impedire l'alterazione di questi libri, la legge prescrive le stesse formalità [codice di commercio articolo 10-19 e seguenti] che sono stabilite pei registri publici. Essa vuole che siano numerati, cifrati e vistati, o da un membro del tribunale di commercio, o dal sindaco [*maire*] o da un eletto [*adjoint*] della comune. Il codice di commercio aggiunge: *senza spese*; il che è stato sempre vero nel senso che non si retribuisce onorario di sorta ai funzionarii incaricati di questa operazione. Ma, sino al 1838, era necessario, perchè i libri avessero potuto essere presentati al visto, che si fossero precedentemente bollati, e l'imposizione del bollo per iscritture sovente considerevoli diveniva estremamente grave. Per questa ragione per lo spesso costumavasi nella pratica di non sottoporre al bollo i registri; e quello che era ben più increscevole della mancanza del bollo si era che, mancando questo, le importanti formalità prescritte dalla legge per assicurare la integrità dei registri, non potevano ricevere esecuzione (1). Come conseguenza di ciò, i libri, non essendo regolarmente tenuti, avrebbero dovuto a rigore non avere alcuna autorità (*ibidem*, articolo 13-24). Ma i tribunali di commercio, uniformandosi all'uso anzichè alle prescrizioni della legge, non ricusavano di ammettere i registri non vistati, quando non eravi alcun sospetto nella specie. In tal guisa le sagge precauzioni della legge si trovavano escluse.

Per far cessare questa grave irregolarità, si sostituì, con un aumento di contribuzione delle patenti, l'imposizione del bollo, che era peraltro molto disuguale, poichè era proporzionato, non al valore delle operazioni, ma al volume materiale che occupava la menzione di tali operazioni su' registri. Questo cambiamento si operò a 1 gennaro 1838 [2]. Oggi quindi il visto senza spese è divenuto una verità, e quelli che non adempissero queste legali formalità non avrebbero più scuse. I libri devono inoltre essere conservati per dieci anni [codice di commercio articolo 11-20].

676. Una sanzione estremamente rigorosa assicura l'esattezza e la fedeltà delle scritture commerciali. Il fallito che non ha tenuto rigistri, o che li ha tenuto irregolarmente, anche senza frode, può essere dichiarato bancarottiere semplice, e punito di conseguenza di pene correzionali [*ibidem*, articolo 586, 6°-581]. Per quanto concerne le scritture fraudolenti, tendenti a dissimulare l'attivo, o a simulare il passivo, portano alla pena della bancarotta dolosa, cioè a quella dei lavori forzati a tempo [*ibidem*, articolo 591-590; codice penale, articolo 402-321] [*]. Inoltre, la simulazione, la quale, in materia civile, potrebbe tutt' al più degenerare in frode, è qui, per ragione della gravità delle conseguenze che essa trae seco, punita tanto gravemente quanto la falsità. Il codice penale, infatti, pronunzia parimente la pena dei lavori

(1) Lo stesso avveniva sotto l'impero dell'ordinanza del 1673 di cui le prescrizioni su queste formalità tanto essenziali erano cadute in disuso.

(2) Vedi la legge del 20 luglio 1837, articolo 4.

(*) L'articolo 321 delle nostre leggi penali stabilisce in tal caso la pena del primo al secondo grado dei ferri.—*Il Traduttore*.

Digitized by Google

forzati a tempo, che vien fulminata dal codice penale (articolo 147-291) per la falsità in iscrittura di commercio; e l'assimilazione di questo falso a quello che commettesi in iscrittura pubblica, è anch'essa una guarentigia contro le falsificazioni che potrebbero i terzi commettere sopra i registri.

677. Scorgesi bene che l'autorità dei libri di commercio dev' essere maggiore tra due mercatanti, di cui le scritture servono di reciproco controllo, anzichè tra un mercatante ed un particolare, perocchè quest'ultimo non potrebbe difendersi ad armi uguali, non tenendo abitualmente registri, e non potendone neanco tenere che facciano fede in favor suo. Occupiamoci dapprima della fede dei libri sotto il primo punto di vista.

PRIMA SEZIONE.

Fede dei libri tra commercianti.

678. « I libri di commercio regolarmente tenuti, dice l'articolo 12-24 del codice di commercio, possono essere ammessi dal giudice per far pruova tra commercianti per fatti di commercio. » La pruova per mezzo di libri non è quindi strettamente obbligatoria per la giurisdizione consolare, la quale può respingere i registri come sospetti, quand'anche siano regolari nella loro forma [1]. La semplicità e l'equità, che sono l'anima di questa giurisdizione, non permettevano che si costringesse il giudice a talune date pruove legali; per questa ragione accordasi a lui, relativamente ai mezzi che debbono determinare la sua convinzione, una latitudine analoga a quella concessa ai giurati. Ma, in fatto, i tribunali di commercio non ricusano di prestare fede completa ai registri regolarmente tenuti.

679. Non basta che la controversia si agiti tra commercianti, è mestieri che essa abbia luogo per fatti di commercio. Di conseguenza un negoziante non potrebbe giovarsi di una mia dichiarazione fatta su' suoi libri per giustificare un'operazione puramente civile, come sarebbe la compra di un immobile (*). Nondimeno, siccome il libro giornale, deve presentare tutto quello che il commerciante riceve o paga a qualsiasi titolo [*ibidem*, art. 8-17], la l'annotazione fatta in questo libro può servire all' avversario di principio di pruova; in senso inverso, l'omessione su questo libro di un' operazione civile può contribuire a fare rigettare la pretesa del negoziante, quando sia egli l' attore. Ben a ragione quindi un arresto di rigetto del 25 nevoso anno X decise che la mancanza di produzione di libri, anche in materia civile, può, riunita ad altre circostanze, rendere inammessibili le pretese di un negoziante (**).

Non è però necessario che l'operazione sia commerciale da entrambe le parti, perchè i libri possano far piena fede. Trattandosi di un fatto di commercio, le due parti debbono comprovarlo rispettivamente sui loro libri. Quindi la vendita di vini, fatta da un mercante di vini ad un fabbricante, sebbene non costituisca da parte di quest'ultimo un'operazione di commercio, ci sembra regolar-

(1) Vedi un arresto di rigetto del 13 agosto 1838.

(*) Unif.: Delvincourt, *Dritto Commerciale*, lib. 1, tit. 2; Pardessus, num. 258. —*Il Traduttore.*

(**) Pardessus, num. 258; cassazione, 20 giugno 1810.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

mente giustificata in questa maniera.

680. Quando i registri confrontano, la pruova è perfetta, salvo il caso che si provi esservi una falsificazione. Quando non sono conformi, ma sono nondimeno regolarmente tenuti da entrambe le parti, le due forze si bilanciano, e debbesi di conseguenza ricorrere ad altri mezzi di pruova. Se un solo dei registri è regolarmente tenuto, il giudice può prestarvi fede, ma rimane sempre in facoltà di lui richiedere altre guarentigie, come sarebbe la pruova testimoniale, o la prestazione del giuramento[*]. Finalmente, giusta l'articolo 17-23 del codice di commercio, se una parte ricusa di produrre i suoi libri, ai quali l'altra parte offre di prestar fede, il giudice può deferire il giuramento a quest'ultima parte.

Questa disposizione non applicasi solamente al caso in cui un particolare offrisse di prestar fede ai libri di un commerciante, caso in cui dovrebbesi evidentemente ammettere il giuramento, ma che i redattori non dovevano aver di mira; perciocchè essi non si occupavano che delle liti tra' commercianti. L'articolo 17-23 deve principalmente ricevere l'applicazione sua tra' commercianti. Tuttavolta noi non opiniamo con Toullier [1] che il negoziante il quale produce solo i suoi libri, debba riportare vittoria *de plano*, quando offre di rimettersi a quelli dell'avversario e che costui non voglia o non possa presentarli. Il giudice può ordinare qualunque provvedimento tendente ad illuminarlo sulla realtà dei fatti allegati in sostegno della domanda, e ad ogni modo, quando la pretesa dell'attore gli sembra sfornita di base, egli è libero anche di non deferire il giuramento suppletorio [2] [**].

681. L'obbligazione per un commerciante di produrre in giudizio i suoi libri avrebbe potuto, se la legge non l'avesse rinserrato entro giusti limiti, compromettere notevolmente il successo delle operazioni commerciali, per le quali il segreto è sovente essenziale. Di conseguenza l'esibizione, anche ordinata d'officio, non ha per iscopo di mettere in luce la posizione della parte cui i libri concernono; bisogna limitarsi ad estrarre dai registri quello che è relativo alla vertenza [*ibidem*, articolo 15 22]. La comunicazione completa non è stata autorizzata che nei casi in cui essa è indispensabile, cioè quando la controversia cade sull'insieme della giurisdizione commerciale, nelle cause di successione, comunione, divisione di società, e fallimento [*ibidem*, articolo 14-21]. Il dubio era minore nell'ultimo caso, perciocchè non è più tempo di pensare a conservare il credito, quando vi è stata cessazione di pagamenti.

SECONDA SEZIONE.

Fede in faccia ai particolari.

582. L'obbligazione imposta ai commercianti di tenere delle scritture particolari esiste in faccia ai

(1) Tomo VIII, numero 383.

(2) Vedi un arresto di rigetto del 18 gennajo 1832.

(*) Il giudice non è obbligato ad ordinare l'esibizione dei libri di commercio di una delle parti, neppure quando l'altra provochi questo provvedimento, offrendosi di prestar fede ai libri del suo avversario. La legge lascia al giudice relativamente a ciò, un potere assoluto. Cassazione, 20 agosto 1818, 4 febrajo 1828, e 13 agosto 1833.—*Il Traduttore.*

(**) Vedi nello stesso senso Zachariae, § 737.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

particolari non meno che in faccia ad altri commerciasti. Per questa ragione i loro libri fanno pruova contro di loro (codice civile articolo 1330-1380) ma solamente per fatti di commercio, salvo ad attingere un principio di pruova per iscritto nelle indicazioni di operazioni puramente civili, che vi si trovano inserite.

Applicando a questa materia il principio dell'indivisibilità della confessione, la legge aggiunge [*ibidem*] che colui che vuol trarre profitto dai registri, non può scinderli in ciò che gli stessi contengono di contrario alla sua pretesa. L'indivisibilità dev'esser presa qui come nella confessione orale [1]. La dichiarazione del mercatante dev'essere accettata dalla parte che si rimette ai suoi libri, per qualsiasi fatto connesso: così il registro che stabilisce l'esistenza del debito deve egualmente far fede per istabilirne il pagamento. Ma il particolare che invoca il registro potrebbe respingere gli articoli assolutamente indipendenti dall'articolo allegato, nei quali il commerciante si dichiarasse creditore per tutt' altra causa. Nondimeno questa teorica dev'essere applicata con molta precauzione nelle materie commerciali, ove operazioni diverse si rannodano sovente nel modo più stretto. Così un conto corrente regolarmente tenuto, benchè composto di articoli distinti, sarà generalmente considerato come indivisibile.

683. Eccoci alla parte più controversa della materia, alla fede che possono avere i libri in favore dei mercatanti contro i particolari. Le opinioni degli antichi dottori erano molto divergenti sulla forza probante di questi libri. Secondo gli uni, essi facevano piena fede; secondo altri, essi facevano una semi-pruova, la quale poteva essere amminicolata da altre pruove, precisamente dal giuramento dell'attore.

Dumoulin non ammette che tali scritture siano o una pruova, o sinanco una semi-pruova, nella specie; ma egli opina che il giuramento suppletorio possa essere ammesso secondo le circostanze: « Rationes ejus (2), « quamvis non plenam probationem, « nec omnino semiplenam inducant, « tamen inferunt aliquem praesumptionem, ex qua possit ei deferri « juramentum, ita ut per se rationes probent. » Questo giureconsulto non parla affatto della pruova testimoniale. L' avrebbe egli ammesso, in faccia all'ordinanza di Moulins, promulgata dopo che egli avea scritto quelle righe? Questo è molto incerto. Boiceau ammette che si ascoltino i testimonii, ma con una distinzione che non avrebbe più corso oggi, cioè, in favore, non di piccoli mercatanti, ma di coloro che fanno parte di una corporazione [3]. Danty [4], che scriveva un secolo dopo, opina che il sentimento di Boiceau non possa essere abbracciato se non in casi rari, nei quali la buona fede sarà evidente. Finalmente Pothier [5] riproduce l'opinione di Boiceau, aggiungendo però che la somministrazione allegata debba essere verosimile. Ed è in tale occasione che questo gran giureconsulto ci rivela tutta la semplicità dei suoi costumi, semplicità così ammirevole, principal-

(1) Vedi il numero 293.
(2) *Ad legem* 3 Cod. *de rebus creditis*,
(3) Parte II, capo VIII.
(4) Addizioni sul capo VIII della parte II, num. 46 e 47.
(5) Trattato delle obbligazioni, numero 745 e seguenti, e num. 807.

Digitized by Google

mente nel secolo XVIII: « Per esem-« pio, ei dice [1], non sarebbero « somministrazioni verosimili, se si « fosse scritto sul libro del mercante « che mi ha venduto e consegnato « dieci *aune* di panno nero in un « anno, perciocchè io non ho biso-« gno di più di un vestito all'anno, « pel quale bastano quattro aune di « panno.»

Questa opinione di Toullier, che ritiene che i registri possano valere per principio di pruova, passa generalmente per l'espressione dell'ultimo stato dell'antica nostra giurisprudenza. Ma la cosa era all'inverso, se prestiamo fede all'annotatore anonimo di Danty [2], il quale si esprime in questi termini, dopo avere riprodotto le parole di Pothier: « Questo scrittore accorda forse un « favore troppo esteso ai libri dei « mercanti, e sembra che la giuri-« sprudenza del Castelletto non vi si « uniformi. Denisart, il quale parla « ordinariamente secondo questa giu-« risprudenza, dice che essi non for-« mano alcun titolo contro partico-« lari non negozianti, ai quali pre-« stasi fede quando affermano cosa « contro i libri dei commercianti. » Da ciò sembra che al Castelletto deferivasi il giuramento, ma al convenuto solamente, e che non parlavasi affatto di pruova testimoniale.

684. Dopo questa esposizione delle diverse opinioni ricevute altravolta, veggiamo quale sia l'interpretazione da darsi al codice civile.

« I registri dei mercanti, dice l'ar-« ticolo 1329-1283, non fanno pruo-« va delle somministrazioni che vi « sono annotate, contro quei che non « sono mercanti; salvo ciò che si dirà « a riguardo del giuramento.»

Questa riserva del giuramento non può riferirsi al giuramento decisorio il quale è di dritto; essa suppone necessariamente l'ammessione del giuramento suppletorio. Ma essendo ben certo che il giuramento suppletorio non è permesso se non in quei casi nei quali ammettesi la pruova testimoniale; parecchi scrittori sostengono che i libri di mercanti costituscono in loro favore un principio di pruova per iscritto. Essi fanno rilevare che il giuramento suppletorio è la più debole tra tutte le pruove, e che, se è lecito prestar credito alla dichiarazione giurata dell'attore, dev'essere, a ragion più forte, permesso aprire una pruova testimoniale, la quale offre incontrastabilmente maggiori guarentigie. Essi invocano finalmente l'autorità di Pothier, che fu tanto spesso *la guida* dei redattori del codice.

Per la parte nostra ci riesce impossibile adattarci a siffatto avviso. E dapprima, l'assimilazione del giuramento suppletorio alla pruova testimoniale non risulta da alcun testo della legge. Tutto quello che essa dice si è che il giuramento può essere deferito d'officio, quando la domanda non sia totalmente sfornita di pruova [codice civile articolo 1367] 1321). Or, noi abbiamo ammesso, egli è vero, colla giurisprudenza [3], che il giuramento suppletorio non può essere ordinariamente ammesso se non quando siavi un principio di pruova per iscritto; ma questo non è un principio assoluto, ed il legislatore potè, con una riserva interamente speciale, come sembra che indichino i termini dell'articolo 1329-1283, autorizzare questo giuramento in una ipotesi in cui i testimonii non potrebbero essere ascoltati. Havvi forse in questo, come pretendesi,

(1) *Ibidem* numero 756.
(2) Addizioni su questo capo, n. 46 e 47.
(3) Vedi il numero 369.

Digitized by Google

una contradizione? Sì, quando si supponga che il giuramento sia ordinariamente deferito all'attore; converrebbe meglio in tal caso aprire un esame testimoniale, anzichè attenersi puramente e semplicemente alla dichiarazione di lui. Ma questa supposizione è interamente gratuita. I migliori scrittori l'hanno sempre riconosciuto; il giuramento suppletorio dev'essere a preferenza deferito al convenuto. Il giuramento non può essere deferito all'attore se non in casi estremamente favorabili. All'incontro, se la pruova testimoniale è giudicata ammessibile, ogni qual volta vi saranno dubii, nascerà il desiderio di sentire testimonii, onde porre in chiaro i fatti, ed il mercante avrà tutto il vantaggio nella pruova testimoniale, perciocchè egli avrà potuto preparare con anticipazione delle deposizioni, dalle quali risulterà nel modo più esplicito che talune date somministrazioni siansi fatte in una data epoca, mentre il particolare, al quale non cadeva in mente la domanda diretta contro di lui, non avrà potuto procacciarsi nello stesso modo i mezzi di stabilire la negativa. Altra cosa è l'ammessione del giuramento suppletorio, il quale non sarà deferito al mercante se non quando li giudice abbia pieno convincimento della di lui lealtà; altra l'amministrazione della pruova testimoniale, la quale farebbe sempre traboccare in favor suo la bilancia.

Per quanto riguarda l'argomento desunto da Pothier, sembraci che esso sia sufficientemente confutato dall'esposizione de' motivi del signor Bigot-Préameneu: « Per quanto concerne le persone che non sono nel « commercio, si è dovuto conservare « la regola secondo la quale niuno « può creare un titolo a se medesimo; « e l'ordine che i mercanti hanno « l'obbligo di tenere nei loro registri « non potrebbe garentire che siano « vere le somministrazioni che vi si « trovano annotate. Essi non hanno « in proposito altro dritto che quello « di richiedere il giuramento dalle « persone che impugnano le loro « domande. »

Queste ultime espressioni spingonsi certamente troppo oltre; essendo generale il testo della legge, noi non crediamo che il giuramento non possa essere deferito che al solo convenuto. Ma, avvicinando queste parole alla giurisprudenza del Castelletto, quando veggiamo che il relatore stabilisce il principio che niuno può creare a se medesimo un titolo, riesce malagevole il credere, che i redattori siansi limitati a riprodurre la teorica di Pothier, secondo il quale [1], *i registri non possono fare una pruova piena ed intera* [2]. Aggiungiamo che ai tempi di Pothier, come abbiamo fatto sovente osservare, la natura del principio di pruova per iscritto non era ben definita, mentre oggi l'articolo 1347-1301 del codice civile vuole che derivi dal convenuto [3]. Questa regola soffre, egli è

(1) Numero 754.

(2) Il rapporto fatto al tribunato dal signor Jaubert sorregge anch'esso la dottrina enunciata nell'esposizione dei motivi: « Questi registri, dice esso, non pos« sono tutt'al più servire che a determi« nare il giudice ad ammettere il giura« mento. » L'intenzione restrittiva non può più chiaramente manifestarsi.

(3) La quistione non è per nulla diffinita dalla giurisprudenza. Un arresto della corte di Parigi del 28 novembre 1836 che si cita come favorevole all'opinione nostra, si limita ad escludere, nella specie, taluni registri come non costitutivi di un principio di pruova per iscritto. Da un altro canto, nella specie di un arresto di rigetto del 10 agosto 1840, che ammise la pruova testimoniale, eranvi, oltre ai libri, taluni scritti che costituivano un prin-

Digitized by Google

vero, talune eccezioni; ma bisogna almeno che tali eccezioni siano enunciate dalla legge: or come mai scorgere l'ammessione della pruova testimoniale in un semplice rinvio alla materia del giuramento? Non sarebbe più semplice il dire espressamente che i registri serviranno di principio di pruova per iscritto? (*).

Appendice.

Pruova di pruova letterale.

685. Una scrittura può riportarsi ad altra più antica, o riproducendone semplicemente la sostanza, ma manifestando l'intenzione delle parti di mantenere gl'impegni comprovati dal primo atto, ed allora essa costituisce un atto ricognitorio; o trascrivendola letteralmente, ed allora essa chiamasi *copia* [1].

§ 1. *Atti di ricognizione.*

686. La confessione scritta, al pari della confessione orale, deve far piena pruova contro colui che ne è l'autore. Se quindi non altro si consultasse che la ragione sulla forza degli atti di ricognizione non si esiterebbe a decidere che, pur chè vi si vegga chiaramente enunciata l'intenzione di conservare la forza di una dichiarazione preesistente, essi debbono avere la stessa efficacia del titolo originale.

Sventuratamente un errore, di cui Toullier [2] ha dimostrato l'origine con chiarezza ed erudizione, ha indotto, i redattori del codice, trascinati dall'autorità di Pothier, a sottoporre a condizioni arbitrarie la validità degli atti di ricognizione. Gli antichi canonisti, volendo facilitare la revoca delle concessioni accordate talvolta con soverchia leggerezza dai superiori ecclesiastici, decidevano che la conferma semplice *in forma communi*, non aggiungeva cosa alcuna all'efficacia della concessione confermata, e non dispensava affatto il richiedente dal presentare il titolo primitivo. Era necessaria, per far le veci di un tal titolo, una conferma *in forma speciali*, cioè nella quale il soscrittore dichiarava operare con piena cognizione di causa, *ex certa scientia*. E sinanco, temendo che queste ultime espressioni non diventassero anch'esse una formola di stile, si finì col richiedere *che* tutto il tenore dell'atto precedente fosse inserito nell'atto di conferma, in modo da non lasciare alcun dubio.

Dumoulin, colla sua mente logica, non poteva non riconoscere il vero carattere degli atti di ricognizione. Il nuovo titolo non deve certamente aggravare l'obbligazione, ed in questo senso è sempre vero il dire: *confirmatio nihil dat novi*; ma esso ha forza probante. Così, supponendo un atto di ricognizione redatto innanzi notajo, Dumoulin dice positivamente: « Simplex titulus novus

cipio di pruova, uniformemente alla lettera dell'articolo 1347-1301.

(*) Gli scrittori sono quasi tutti generalmente d'accordo nel ritenere che il giudice può in tal caso deferire il giuramento suppletorio al commerciante. Toullier, t. VIII, num. 368; Duranton, t. XIII, num. 196; Zachariae, § 737, ed i suoi annotatori Aubry e Rau. Per quanto concerne l'ammessibilità della pruova testimoniale, l'opinione del Bonnier è sostenuta da Bonnenne, *Teoria della procedura civile*, t. IV, num. 284 a 286, e da Aubry e Rau, *loc. cit*, dell'opera di Zachariae, nota 3. L'opinione contrária è ammessa da Toullier, *loc. cit.* — *Il Traduttore.*

(1) Dumoulin dà gli sviluppi più estesi sugli atti di ricognizione e sulle copie nella stessa parte del suo *commentario sulla consuetudine di Parigi* (titolo 1, § 8).

(2) Tomo VIII, numeri 13 e seguenti.

Digitized by Google

« non est dispositorius, sed declara-« torius seu probatorius. . . . . nec « aliquid de novo inducit circa sub-« stantiam *obligationis*, sed bene « circa quaedam extrinseca et acci-« dentalia, videlicet circa probatio-« nem et vim executivam, et sic hu-« jusmodi titulus duo tantum opera-« tur: primo confessionem et proba-« tionem recogniscentis, secundo vim « guarrentigiam (1). » Ciò malgrado però anch'egli riproduce la distinzione tra la conferma semplice e la conferma *in forma speciali*, relativamente alle concessioni feudali [2].

Ma sino a qual punto questo giureconsulto, che non è certo tanto chiaro quanto è profondo, ha generalizzato la sua teorica? Questo è ben difficile a precisarsi. E di vero, da un lato, trovansi nel suo *commentario sulla consuetudine di Parigi*, e nel suo trattato *contractuum et usurarum*, numero 210, numerosi passi in cui attribuisce alla ricognizione la forma della confessione, senza fare alcuna riserva; da un altro lato egli rimanda, in questo stesso trattato, nello stesso numero 210, alla teorica precedentemente esposta sulla consuetudine di Parigi. Quello che non ammette dubio si è, che la teorica di Dumoulin, anche volendola supporre applicabile a qualsiasi atto di ricognizione, non ha punto il rigore che le attribuisce Pothier (3), appigliandosi esclusivamente ad un passo in cui l'illustre giureconsulto suppone riprodotto il tenore dell'atto primordiale: *Enarrato toto tenore confirmati* [4]. Dumoulin non ha fatto propriamente di questa riproduzione la condizione *sine qua non* della validità della ricognizione. Secondo lui, la sola ricognizione deve contenere la sostanza dell'atto primitivo: « Contineat et specificet saltem substantialia actus [5]; . . . si « renovatio esset indeterminata, nihil « operaretur (6). » Finalmente lo stesso Dumoulin ci fornisce un esempio d'una conferma *in forma speciali*, in questi termini: « Sicut praedeces-« sor noster . . . . . praedecessori « tuo concessit talem rem in fundum, « ita et nos concedimus [7]. » Havvi molta distanza da questo ad una riproduzione letterale della prima concessione.

È d'uopo solamente che la ricognizione sia *certa et specifica* [8]; il che rientra nei principii generali da noi stabiliti in materia di confessione (9).

Vedesi bene che Pothier, mentre credeva riprodurre le opinioni di Dumoulin, le ha col fatto positivamente alterato. Prima d'essere consagrata dall'articolo 1337-1291 del codice civile, l'opinione di Pothier er già forse prevalsa nell'antica giur sprudenza? La corte di Parigi profferito sull'assunto due deci ni in senso inverso (10). Se noi c sultiamo gli antichi scrittori, giamo che essi non hanno riprodotto la teorica attribuit moulin. « È comune opinic « gl'interpreti, dice Henris « una sola ricognizione è sr

(1) Commentario sulla consuetudine di Parigi, titolo 1, § 18, num. 19.
(2) *Ibidem*, § 5, num. 87.
(3) Trattato delle obbligazioni, numero 777 e seguenti.
(4) Commentario sulla consuetudine di Parigi, titolo II, § 8, num. 89.
(5) *Ibidem*, num. 92.
(6) *Ibidem* num. 93.
(7) *Ibidem*, num. 92.
(8) *Ibidem*, num. 93.
(9) Vedi il num. 291.
(10) Vedi per l'affermat 30 gennaro 1828, e pe arresto del 14 agosto 1
(11) Libro III, capo

Digitized by Google

« quando sia accompagnata da ta-
« luni amminicoli o seguita dal pos-
« sesso (1).»

Checchè ne sia, l'articolo 1337-1291 del codice civile è così concepito:

« Gli atti di ricognizione non di-
« spensano dall'esibire il titolo pri-
« mordiale, se non quando il tenore
« di essi vi si trovi specificatamente
« riportato.

« Tutto ciò che contengono di
« più del titolo primordiale, o che
« vi si trovasse di diverso, non ha
« alcun effetto.»

687. La seconda di queste proposizioni è esatta. Un atto di ricognizione non ha per iscopo di creare un'obbligazione, ma di comprovare quella che può esistere, salvo il caso in cui si manifestasse l'intenzione di fare una novazione. Così la corte di cassazione, li 25 ottobre 1808, decise che l'atto di ricognizione d'una rendita feudale è essenzialmente infetta di feudalità, al pari del titolo costitutivo. Ma la ricognizione dovrebbe ragionevolmente far fede d'un'obbligazione preesistente, sino a pruova contraria. Questa non è che una specie di confessione: or perchè la confessione scritta dovrebbe avere minor forza di una cofessione verbale relativa all'esistenza del titolo primordiale? Invano si dirà, con un giureconsulto sempre disposto a levarsi in difesa dei redattori dei nostri codici (il signor Demante (2)), che una semplice ricognizione, senza la spiegazione delle cause che hanno prodotto il debito, può essere stata carpita all' ignoranza o strappata alla debolezza, e che forse anche il debito riconosciuto è stato estinto, senza che siasi posto mente a sopprimere tutte le ricognizioni. Il primo di questi motivi tenderebbe a far riportare la sostanza dell'obbligazione comprovata dal titolo primitivo, come la legge lo richiede per gli atti di conferma (codice civile articolo 1338-1292), ma non mai a far riprodurre questo titolo per intero. Per quanto concerne la supposizione che siasi trascurato di ritirare le ricognizioni dopo la liberazione del debitore, essa ci sembra affatto gratuita, perocchè, essendo questa liberazione necessariamente più recente della costituzione del debito, la perdita del titolo primordiale è molto più probabile di quella del titolo che comprova la liberazione. A dir breve, noi avremmo compreso che si fossero richieste talune condizioni affinchè l'atto di ricognizione avesse potuto stare in vece del titolo primordiale; ed in questo senso, il sistema della conferma, come l'insegnava Dumoulin, poteva concepirsi; ma si va troppo innanzi quando si richiede l'esibizione, o per lo meno la riproduzione del titolo primordiale. Nondimeno la legge è positiva; il semplice atto di ricognizione, nel sistema del codice, non ha altra utilità che per interrompere la prescrizione (*ibidem*, articolo 2263-2169).

688. Taluni scrittori, onde rendere querta teorica meno irragionevole, si danno a supporre che la necessità di riprodurre il tenore dell' atto primitivo non esiste se non relativamente ai terzi. Ma questa distinzione è divinatoria, e respinta altronde dalla disposizione finale dell'articolo, la quale dispensa il creditore da questa riproduzione in un caso eccezionale.

Toullier(3) propone un altro mezzo

(1) Vedi anche Rousseaud de Lacombe, *Giurisprudenza civile* v. *Ricognizione*.

(2) Programma, tomo III. num. 819.

(3) Tomo VIII, numero 334.

Digitized by Google

onde palliare gl'increscevoli risultati di questa disposizione, senza sforzare il testo. Questo mezzo consiste nell' intendere per *tenore* dell' atto primordiale, non il testo letterale, di cui la riproduzione non offre alcun grave interesse, ma solamente la sostanza di quest'atto, cioè le condizioni costitutive della convenzione, chiaramente e distintamente articolate. Il significato della parola *tenore* non è tanto preciso da non potersi prestare a questa interpretazione favorabile, la quale, in ultima analisi, non fa che riprodurre la vera teorica di Dumoulin. La corte di cassazione (1) ha adottato questo sistema, considerando come un titolo ricognitorio sufficiente la determinazione di un consiglio di prefettura, che richiamava la disposizione di un antico titolo portante concessione di dritti sopra una foresta demaniale, ma senza racchiuderne la copia testuale. Finalmente i tribunali possono sempre decidere in fatto, come fece la corte di Pau con arresto del 14 agosto 1828, conservato in corte suprema li 29 gennajo 1819, che l' atto intitolato ricognitorio avea principalmente per iscopo di supplire il titolo primitivo anzichè di riconoscere, e quindi l' esibizione del titolo stesso si rendeva superflua (*).

689. Il codice civile, dopo aver preso ad imprestito da Pothier la regola, ne prende anche un'eccezione, attinta ugualmente nell' antica teorica sulle conferme delle investiture.

« Ciò non ostante, aggiunge l'ar« ticolo 1337-1291, se vi fossero più « atti conformi di ricognizione av« valorati dal possesso, ed uno di « essi avesse la data di trent'anni, « il creditore potrà essere dispen« sato dall' esibire il titolo primor« diale. »

Giusta questa disposizione, il creditore potrebbe essere solamente dispensato dall' esibire il titolo primordiale, ed eravi bisogno infatti per questo, secondo Pothier [2], che le circostanze fossero favorevoli, e precisamente che il titolo primordiale fosse antichissimo. Ma oggi non si può esitare giammai a decidere in favore del creditore che ha in suo pro parecchi atti di ricognizione sostenuti da un lungo possesso, perocchè è evidente che è di già troppo il restringere a questa ipotesi la forza dell'atto di ricognizione.

690. Finalmente il codice civile non nega efficacia se non a quello che il nuovo titolo contiene di *più* o a quello che vi si trovasse di *diverso*. Pothier aggiunge, infatti [3], dopo avere enunciato la stessa proposizione, che può avvenire altrimenti, quando nell'atto di ricognizione siavi *meno* che nel primo titolo. « Se esistessero, ei dice, più « atti di ricognizione conformi, e « che rimontassero a più di trent'an« ni, il creditore, presentando il ti« tolo primordiale, non potrà pre« tendere più di quello che trovasi « annunziato negli atti di ricogni« zione, perocchè pel dippiù si è « acquistata la prescrizione. »

(1) Arresto di rigetto delli 11 giugno 1833.

(*) *Contra*: Marcadé, sull'articolo 1337: Duranton (tomo XIII, num. 263), ritiene che la forza probante della ricognizione non è sottoposta alla relazione del tenore del titolo primordiale se non quando la ricognizione si opponga ai terzi, per esempio, ai creditori del debitore, ma non quando invochisi contro lo stesso debitore o contro i suoi eredi.—Marcadé (*loc.cit.*) combatte tale dottrina.—*Il Traduttore.*

(2) Trattato delle obbligazioni, numero 778.

(3) Vedi il numero 780.

Digitized by Google

Non può mettersi in dubio che la prescrizione non possa effettivamente acquistarsi coll'elasso di anni trenta; a partire dalla dichiarazione che ha ristretto l'importanza del debito, dichiarazione che il favore della liberazione deve far reputare poggiata sulla realtà; ma si fa con ragione osservare che Pothier richiede questa volta arbitrariamente *più atti di ricognizione conformi*. L'elasso di trent'anni basta per operare la prescrizione quand'anche non vi fosse che un solo atto di ricognizione, e direm meglio, quand'anche non ve ne fosse alcuna, se il debitore, coll'esibizione delle quietanze, giustifica aver pagato per trent'anni una somma inferiore a quella stipolata in origine. In senso inverso, se la dichiarazione che diminuisce il debito avesse per iscopo di supplire il titolo primitivo (1), produrrebbe effetto in faccia al debitore, indipendentemente dalla prescrizione. Non si possono in questo caso ritorcere contro di lui le guarentigie eccezionali che sono state introdotte in di lui favore.

691. Il codice sardo, illuminato dalle critiche di cui il nostro codice civile è stato su questo punto l'oggetto, si è appigliato all'unico sistema ragionevole. « L'atto di ricognizione, dice l'articolo 1450 di « questo codice, fa pruova contro il « debitore, i suoi eredi ed aventi « causa, quando questi coll'esibizione « del documento primordiale non « dimostrino che vi sia stato errore « o eccesso nella ricognizione (*). »

692. La regola sottile stabilita dall'articolo 1337-1291 del codice civile ripugna all'interpretazione larga ed equa richiesta dalla semplicità delle operazioni commerciali. Essa è altronde in armonia con un sistema di legislazione fondato quasi esclusivamente sulle pruove scritte. Ove la pruova testimoniale ammettesi senza limiti, una simile regola non potrebbe applicarsi: d'onde la conseguenza, consagrata da un arresto di rigetto del 27 dicembre 1835, che in materia di commercio, i giudici hanno un assoluto potere per decidere se siavi stata ricognizione valida di un debito anteriore.

693. Da un altro canto il desiderio di restringere l'estenzione di una disposizione veramente eccezionale ha fatto immaginare una distinzione, più speciosa che solida, tra la ricognizione di un debito e quella di un dritto reale. Dicendosi semplicemente dall'articolo 695-616 che il titolo costitutivo di una servitù può essere supplito da un titolo che contenga la ricognizione della servitù istessa, fatta dal proprietario del fondo serviente, secondo un'opinione accreditata dalla dottrina, e sinanco dalla giurisprudenza della corte di cassazione (2), non sarebbe necessario richiedere pel titolo ricognitorio di una servitù le condizioni speciali dell'articolo 1337-1291. Questa opinione ci sembra combattuta dalla semplicissima riflessione che le regole del codice civile sulla pruova, sebbene collocate in cima ai *contratti*, reggono incontrastabilmente la materia dei dritti reali. Fare una scelta trà queste regole, per applicare ai dritti reali quelle che sembrano ragione-

(1) Vedi il numero 688.

(*) Il merito della riforma di quest'articolo deve attribuirsi al codice parmense, pubblicato li 23 marzo 1820, il quale all'articolo 2285 aveva stabilito quello che poi venne trascritto dal codice sardo, all'articolo 1450.—*Il Traduttore*.

(2) Vedi due arresti del 16 novembre 1829 e del 2 marzo 1836.

Digitized by Google

voli, importa cadere nell'arbitrario. Come mai la semplice menzione di un *titolo portante ricognizione* può avere la forza di derogare con anticipazione ai principii stabiliti posteriormente sulla natura del titolo ricognitorio valido? Ammettendo questa derogazione per le servitù, non potrebbesi, senza creare la legge, estendere questa derogazione agli altri dritti reali; e da un altro lato si urterebbe in una vera contradizione di principii se si contrastasse una tale estenzione. Aggiungiamo finalmente che, mentre la conferma *in forma speciali* fu precisamente immaginata per le concessioni di dritti reali (2), sarebbe ben curioso il volere, all'inverso, limitare ai crediti l' applicazione di questa regola (*).

§ 2. *Copie*.

694. La necessità di mettere a disposizione di ciascuna delle parti un titolo che le permetta di far valere i proprii dritti, lasciando l'originale nelle mani dell'uffiziale pubblico, ed il vantaggio di moltiplicare i mezzi di pruova, onde non mettere a discrezione del caso gl' interessi di maggiore rilievo, hanno fatto introdurre sin da molto tempo nel nostro dritto delle regole speciali sulle copie degli atti autentici. Per quanto concerne le scritture private, il solo originale può far fede, e le copie che se ne rilasciassero, anche da notai, non avrebbero alcuna autorità. Niuno ha qualità officiale per trascrivere tali scritture. Da un altro lato la riproduzione di un atto autentico fatta da un semplice particolare non avrebbe alcuna forza. Noi ci occuperemo quindi esclusivamente delle copie di atti autentici rilasciate da uffiziali pubblici, come sarebbero i notai ed i cancellieri.

695. Il legislatore applica dapprima alla pruova letterale quella verità di ragione e di esperienza, che la testimonianza diretta deve sempre essere preferita a quella indiretta.

« Le copie, dice l'articolo 1334-« 1288, quando esista il titolo ori-« ginale, fanno fede soltanto di ciò « che si contiene nel titolo di cui « può chiedersi sempre l'esibizione. »

Quando la parte, alla quale si oppone la spedizione anche la più regolare, chiede l'esibizione dell' originale, onde si verifichi la conformità, i giudici non possono dispensarsi dall'ordinarla; il timore di ritardare l' andamento della giustizia non potrebbe autorizzare il rifiuto della verificazione: questo è stato deciso da un arresto di cassazione del 15 luglio 1829. Ma l'atto è legalmente perduto quando il titolo originale non si ritrova nel luogo in cui dovevasi depositare. Quegli che ha prodotto la copia non ha l' obbligo di fornire la pruova del fatto che cagionò la perdita dell'originale (**).

696 Gli estratti dei registri dello stato civile hanno maggiore autorità. Attribuiscesi agli stessi fede, quando sono *rilasciati uniformi ai registri* [codice civile articolo 45-47), il che importa, non già che sia necessario giustificare la conformità loro coi registri, il che costringerebbe a traslocare continuamente questi pre-

(*) Pardessus, *Trattato delle servitù*, n. 269, spiega un' opinione contraria a quella del Bonnier. Solon, num. 369, dichiara che non avrebbe esitato a seguire l'opinione sostenuta dal Bonnier, se non avesse veduto che la giurisprudenza si è spiegata in contrario. Zachariae, § 250, nota 4, è anch'egli di avviso contrario al Bonnier.—*Il Traduttore.*

(**) Arresto di rigetto del 10 novembre 1830; Zachariae, § 760.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

ziosi documenti, ma che, quando si dichiara che gli stessi sono *rilasciati conformi*, secondo la formola usitata, la conformità deve presumersi. La parte avversa può pretendere che questa conformità non esista, ma spetta a lei farne la pruova presentando un nuovo estratto, il che darà luogo ad ordinare la presentazione dei registri, quando siavi discordanza tra' diversi estratti esibiti. L'opinione contraria, professata da taluni scrittori, arrecherebbe inconvenienti positivi nella pratica, in cui gli atti dello stato civile sono di un' applicazione giornaliera.

697. Il legislatore applica in prosieguo alle copie quell'altro principio, che la pruova si affievolisce a misura che essa si allontana dalla sua sorgente. Egli stabilisce di conseguenza, relativamente alla fede delle copie, in caso di perdita dell'originale, una progressione decrescente, il di cui primo termine è la spedizione esecutiva, la quale è presso a poco contemporanea alla matrice, e l'ultimo termine la semplice copia di copia.

698. « Le copie autentiche di prima spedizione, dice l'articolo 1335-1289, fanno la stessa fede dell'originale. »

Noi sappiamo già che la *grosse* è la prima spedizione rilasciata in forma esecutiva; ma le prime spedizioni in cui questa formola non si ritrova, quando trattasi di un atto che non è destinato ad essere eseguito, come sarebbe quello che comprova la ricognizione di una servitù in favore di un vicino, sono collocate dalla legge sulla stessa linea delle spedizioni esecutive, ed hanno effettivamente la stessa forza probante (1). L'importanza di queste copie, che debbono servire di titolo ai contraenti, e la brevità del tempo che separa ordinariamente la confezione della matrice dalla spedizione della copia esecutiva, assicurano sufficientemente l' esattezza della riproduzione del titolo originale.

L'uffiziale pubblico non può rilasciare che una sola copia esecutiva a ciascuna delle parti (legge del 25 ventoso anno XI, articolo 26-41), a pena di destituzione. Il motivo di questa prescrizione, che è molto antica, si comprende agevolmente. Il rilascio di una seconda spedizione al creditore, senza l' intervento del debitore, potrebbe permettergli di fare rivivere un credito estinto. Questo è stato stabilito, dice molto bene Dumoulin(2): «Propter praejudicium « quod posset fieri alteri parti, quae « forte satisfecit, prout apparere pos- « set per cancellationem vel apocham « scriptam in dorso prioris instru- « menti. » Per quanto concerne le spedizioni non esecutive, è lecito, senza dubio, rilasciarne più d' una, ma in caso di perdita dell'originale la prima sola fa piena fede.

699. « La medesima regola si os- « serva, aggiunge l' articolo 1335- « 1289, 1°, per le copie che sono « state estratte per ordine dei magi- « strati, presenti le parti o chiamate « nelle debite forme; o per quelle « che sono state estratte in presenza « delle parti e di loro reciproco con- « senso. »

Dumoulin, di cui la teorica sulle copie è stata riprodotta da Pothier, dice che bisogna limitare alle parti ed ai loro successori la fede della spedizione così estratta di loro consenso, o chiamate le medesime nelle debite forme, e che non avviene lo

(1) Arresto di rigetto del 17 messidoro anno X.

(2) Commentario sulla consuetudine di Parigi, § 46.

Digitized by Google

stesso relativamente ai terzi. « Hanc « conclusionem limito, dice egli (1), « ut procedat contra eum cum quo « vel quo vocato solemniter facta « est exemplatio, contra quem plene « probat, sicut originale, et retro« trahitur ad datam originalis. Se« cus contra alium, quia non face« ret fidem. »

Quali sono i terzi dei quali si tratta? Se trattasi di un coobbligato, d'un fidejussore, d' un condebitore solidale, ec., è ben chiaro che non lo si potrebbe costringere a riconoscere per conforme all'originale una copia di cui egli non fosse stato chiamato a sorvegliare la confezione. In ciò, la teorica di Dumoulin è di una giustizia incontestabile. Sotto questo rapporto, le copie di che parliamo hanno minor forza delle prime spedizioni esecutive, che il creditore può far valere contro tutti i coobbligati, sebbene egli l' abbia estratto senza farvisi autorizzare. Ma ci riesce più difficile l'ammettere con questo giureconsulto che non si possano invocare contro i terzi le copie di che ci occupiamo, non per obbligarli personalmente, ma per costringerli a riconoscere l'esistenza dell'atto riprodotto nella copia, come, per esempio, quando trattasi di opporre loro la prescrizione di dieci o di vent' anni. Secondo Dumoulin la prescrizione non corre che dalla data della spedizione, e non dalla data del titolo originale. Eppure la data di quest' originale non è forse un fatto di cui il notajo ha potuto convincersi *propriis sensibus visu et auditu*, come dice questo stesso scrittore? Non è quindi uno scrupolo troppo spinto il non ammettere la data dell'originale, quando la copia che la riferisce offre tutte le desiderabili guarentigie? Le parti che debbonsi chiamare a questa confezione, sono i cointeressati i di cui dritti sono direttamente in azione, ma non i terzi ignoti, sugl'interessi dei quali l'atto non può reagire che di rimbalzo.

700. « Le copie (*ibidem*, 2°) che « senza autorità del magistrato, o « senza il consenso delle parti, e dopo « consegnate quelle di prima spe« dizione, sieno state estratte dalla « matrice dell'atto dal notajo che lo « ha stipulato o da uno dei suoi « successori, o da uffiziali pubblici « i quali in tal qualità sono depo« sitarii delle matrici, possono, qua« lora fosse perduto l'originale, far « fede, purchè siano antiche.

« Si considerano come antiche, « quando abbiano più di trent'anni.

« Quando abbiano meno di tren« t'anni non possono servire se non « per principio di pruova scritturale.

Due circostanze impediscono che queste copie possano fare ordinariamente fede completa: se esse non siano state estratte in epoca vicina al contratto, e se non siano state rilasciate di consenso della parte contraria o per autorità del magistrato. In tali casi l' esattezza ne è meno sicura, e la collusione più da temersi. Tuttavia quest'ultimo pericolo era il più grave, perocchè il rischio di errore è in sostanza poco rilevante, quando la copia è collazionata sulla matrice da un uffiziale nelle funzioni del quale rientra specialmente il rilascio di simili spedizioni. Noi non possiamo quindi accogliere la ragione assegnata da Dumoulin (2) e sovente ripetuta: « Tempore exemplationis non fit in« strumentum originale, nec geri« tur actus in eo contentus, nec pos« sunt tabelliones esse rogati de ve« ritate facti in eo contenti, nec il-

(1) *Ibidem*, titolo 1, § 8, numero 37.

(2) *Ibidem*, num. 65.

Digitized by Google

« lius habere notitiam propriis sen-
« sibus, et hoc est impossibile, quum
« actus transierit, et sic non est pos-
« sibile exemplum esse instrumentum
« authenticum de veritate facti vel
« actus in originale contenti. »

Questi motivi provano troppo: e di vero, se il notajo fosse senza qualità per attestare la conformità della copia coll'originale, il consenso delle parti o l' autorità del giudice non potrebbe attribuirgli un potere, che non gli apparterrebbe secondo la natura delle cose. Ma questa è una mera sottigliezza: il notajo che collaziona la copia e l' originale attesta fatti dei quali egli ha conoscenza *propriis sensibus*, e sui quali la sua professione gli appresta lumi speciali. Il motivo principale si trova nella possibilità di una collusione, quando l'altra parte non è stata chiamata, ed è per questo che, rendendosi per l'antichità poco verosimile questo concerto fraudolento, le copie, dopo trent'anni, fanno fede completa, quando siano state rilasciate dal depositario della matrice. Se, per l'opposto, dominasse la presunzione d'inesattezza, sarebbe irragionevole trasformare alla fine di trent'anni l'errore in verità. « Non po-
« test antiquitas, dice lo stesso Du-
« moulin (1), de novo inducere in
« totum probationem quae nulla est,
« sed eam demum, quae aliqua est,
« adjuvare. »

Quando l'atto ha meno di trent'anni, il legislatore lo considera come un principio di pruova scritturale, perocchè se la frode è possibile, è però tutt' altro che certa, e quindi la pruova testimoniale può far discoprire la verità. È questa una delle eccezioni fatte, in questa materia, alla regola che il principio di pruova deve derivare dalla parte avversa. La presunzione dell'esattezza di una copia rilasciata da un uffiziale, sebbene in assenza della parte avversa, uguaglia bene la forza degl' indizii che possono risultare da una semplice annotazione scritta da questa medesima parte. Ad ogni modo le presunzioni saranno ammessibili, per la ragione che è ammessibile la pruova testimoniale, e dovrassi ricorrere a queste presunzioni per la pruova, quando l' atto, benchè abbia meno di trent' anni, sia sufficientemente antico per rendere l'esame di testimoni infruttuoso.

701. « Quando le copie estratte
« dalla matrice di un atto nol siano
« state dal notajo che l'ha ricevuto,
« o da uno dei suoi successori, o
« da ufficiali pubblici che in *tal qua-*
« lità sono depositarii delle matri-
« ci, non potranno servire se non
« per un principio di pruova scrit-
« turale, qualunque sia la loro an-
« tichità. »

Comprendesi bene che un'uffiziale pubblico che non è depositario legale della matrice, non ha qualità per rilasciare una copia che possa far fede, in caso di perdita dell'originale; infatti, quando egli collaziona la spedizione, può benissimo attestare la conformità esistente tra le due scritture, ma non v'ha cosa che lo renda sicuro che la pretesa matrice che gli si esibisce, sia un vero originale, e quindi senza alcun dolo da parte sua, egli può facilmente divenire l'istrumento di una frode. Si è dunque saviamente deciso che un documento di questa natura non può mai ad altro servire che per principio di pruova scritturale. « Non audeo simpliciter
« dicere, dice Dumoulin (2), quod
« nullam praesumptionem, nullum
« indicium faciat. »

(1) *Ibidem*, num. 76.

(2) *Ibidem*, num. 75.

Digitized by Google

Questa decisione riceveva frequenti applicazioni nel secolo XVI, quando la conservazione degli atti non era assicurata, come oggi, dalla proibizione imposta ai notaj di spogliarsi delle matrici sotto qualsiasi pretesto (1). In quell'epoca, gli atti più rilevanti erano sovente rilasciati in brevetto, e le parti si dirigevano poscia ad un notajo qualunque per farsene rilasciare una spedizione. Oggi che le matrici rimangono presso il notajo, avverrà solamente in casi eccezionali, per causa di violazione della legge o per qualche accidente, che una spedizione sia rilasciata da persona che non sia il notajo depositario della matrice o il suo successore; perocchè nel caso in cui il cancelliere trovasi momentaneamente investito del potere di rilasciare copia di un atto depositato in cancelleria, egli ne è il depositario legale, e le di lui spedizioni hanno in tal caso tanta autorità quanto quelle di un notajo.

702. Finalmente « le copie di co-« pie [*ibidem*, 4°] potranno, secondo « le circostanze, esser considerate « come semplici indizii. »

Dumoulin (2) paragona le copie di copie alla testimonianza del secondo grado: « Exemplum exempli « nullo modo probat, sicut nec te-« stimonium de auditu auditus, vel « de auditu alieno. » Oggi che l'e-« same dei testimonii non è più sot-« toposto a regole preconcepite, noi abbiamo veduto che la testimonianza del secondo, del terzo grado, ec., dev'essere ricevuta con diffidenza, ma non può essere respinta *de plano*. Per l'opposto, essendo la fede delle scritture sottoposta a regole fisse, il codice, sempre fedele alla teorica di Dumoulin, non vede nemmeno un principio di pruova nella copia di copia, che noi supponiamo non pertanto estratta sempre da un uffiziale pubblico. Poco monta benanco, aggiunge Dumoulin, che la spedizione da cui estraesi una novella copia, offra tutte le guarentigie desiderabili: « Etiam si esset sumptum « de exemplo solemnissime exempla-« to cum vero, et publico, et in-« dubitato originali, et judice au-« thore, etiam partibus praesentibus « et expresse consentientibus. »

Havvi alcun che di esagerato in questa regola così assoluta. Se la copia di copia fosse stata estratta dall'uffiziale depositario della matrice, in epoca vicina alla confezione di questa stessa matrice, smarrita per accidente, sopra una spedizione esecutiva di cui la fede si confonde con quella della matrice, avrebbesi potuto autorizzare il giudice a vedere, secondo le circostanze, in questa copia del secondo grado un principio di pruova scritturale. Ma quello che non può oggi facilmente negarsi si è che il consenso delle parti può elevare ad un grado superiore l'autorità di una copia di copia. La corte di cassazione decise con ragione (3) che le copie di copie possono far fede, quando siano state ricevute nella produzione senza opposizione. Perchè non dovrebbe decidersi lo stesso per quelle estratte col reciproco consenso delle parti?

Ma che intende dire la legge, quando essa stabilisce che tali copie potranno servire per *semplici indizii*? Gli atti più informi non sarebbero forse degl'indizii, nel senso che il

(1) Legge di ventoso, articolo 12. — Legge notarile, articolo 31.

(2) *Ibidem*, num. 33.

(3) Arresto di rigetto del 17 dicembre 1838.

Digitized by Google

giudice potrebbe consultarli, onde mettersi sulla traccia di pruove più efficaci?

Il principale effetto che Dumoulin (1) attribuisce alle copie di copie, si è di permettere a colui che l'invoca di far suoi i frutti: vantaggio che non potrebbe risultare da un documento informe, come sarebbe una copia formata da un semplice privato. Non v'ha cosa che vieti di ammettere oggi siffatta soluzione.

Si è del pari proposto di autorizzare il giudice a fondarsi sopra indizii di questa natura per deferire il giuramento suppletorio. Non è peraltro senza esempio che una scrittura permetta di deferire il giuramento senza autorizzare per questo la pruova testimoniale, perciocchè noi abbiamo veduto [2] che questo è il sistema della legge relativamente alla fede dei registri dei mercatanti in faccia ai particolari. Questa facoltà di accordare in tal modo un certo valore giudiziario alle copie di copie, mitiga l'assolutismo della proposizione generale del legislatore.

Non bisogna però confondere colle copie di copie le spedizioni prese sulle *copie figurate* che il notajo ha la facoltà di estrarre, quando la matrice trovasi depositata in cancelleria in seguito di un procedimento (3). Queste copie figurate sono collocate nella classe delle matrici, e di conseguenza le spedizioni che ne vengono rilasciate sono delle copie del primo grado.

703. Tutte le copie delle quali abbiamo parlato, meno quelle di prima spedizione esecutiva, il di cui rilascio si rannoda al ministero del notajo nella redazione della matrice, debbono essere estratte da due notai, o da un notajo assistito da due testimonii. Altrimenti convien dire con Dumoulin e Pothier [4], che esse sono completamente informi: « Persona publica, agens contra officium personae publicae, non est digna spectari ut persona publica. »

Il codice di procedura (articoli 839-922 e seguenti) ha tracciato la via che bisogna battere per ottenere la spedizione di un atto quando essa venga ricusata dall'uffiziale depositario della matrice. Questa procedura, conosciuta sotto il nome di *compulsoria*, non offre nei suoi dettagli alcuna particolarità interessante, sulla quale ci convenga arrestarci.

705. Indipendentemente dalle spedizioni che i notai o i cancellieri possono rilasciare degli atti di cui sono depositarii, questi atti sono sovente trascritti all'ufficio del conservatore delle ipoteche; operazione la quale, senza essere richiesta nel nostro dritto pel trasferimento della proprietà in faccia ai terzi, offre ancora sufficiente utilità per essere di un uso quasi universale. Il conservatore delle ipoteche non fa in sostanza che una copia di copia, perocchè non gli si presenta l'originale, ma una spedizione, e stando al rigore dei principii stabiliti, la trascrizione non potrebbe servire che per semplice indizio. Ma questa riproduzione, che è fatta ordinariamente sulla copia esecutiva, in epoca vicinissima alla confezione dell'atto, da un uffiziale incaricato specialmente di questa funzione, sembrò poter meritare mag-

(1) *Ibidem*, num. 35.
(2) Vedi num. 684.
(3) Legge di ventoso articolo 22 (legge sul notariato, articolo 30).
(4) Trattato delle Obbligazioni, numero 775.

Digitized by Google

gier fiducia delle altre copie di copie. La legge permette di vedere in essa un principio di pruova scritturale (articolo 1336-1290), a condizione:

1. « Che sia certo di essersi per« dute tutte le matrici del notajo, « di quell'anno in cui l'atto apparisce « essere stato fatto; ovvero che si « provi essersi perduta la matrice di « tale atto per un accidente parti« colare;

2. « Che esista un repertorio del « notajo, fatto regolarmente, d'onde « apparisca che l'atto fu fatto nella « medesima data. »

Queste due condizioni, mancando le quali può dubitarsi se siavi stato giammai un originale, erano anche richieste da Pothier, relativamente alla fede che poteva meritare a' tempi suoi il registro delle insinuazioni. Il codice civile aggiunge una terza precauzione, la quale non è meno ragionevole.

« Quando nel concorso di queste « due circostanze verrà ammessa la « pruova per mezzo di testimonii sarà « necessario che vengano esaminati « coloro che furono testimonii al« l'atto, se tuttora esistano. »

706. Quello che si è detto della trascrizione può applicarsi al registro, quando tutte le circostanze da noi indicate si trovano riunite?

Parecchi scrittori lo ritengono fondandosi sulla circostanza che in fatto, l'esistenza della scrittura è molto verosimile perchè se ne possa conchiudere che siavi un principio di pruova. Un arresto di rigetto del 16 febrajo 1837 si pronunziò in questo senso. Debbesi confessarlo, è poco verosimile in se stesso, quando il repertorio del notajo concorda coi registri dell'amministrazione, che siasi praticata una doppia frode. Sarebbe quindi forse da desiderarsi che tale fosse la decisione della legge. Ma non bisogna perdere di vista che il principio di pruova deve derivare da colui contro del quale la domanda è formata. La legge fa eccezione a questo principio per quanto concerne la trascrizione; ma non havvi la stessa ragione pel registro, molto meno sicuro, perocchè esso non presenta che un estratto dell'atto, invece di riprodurne letteralmente il tenore. Sembraci di conseguenza che non si possa vedere un principio di pruova nel registro, senza contravvenire alle regole severe, ma positive, che limitano presso di noi l'ammessione della pruova testimoniale e delle presunzioni [*].

(*) Zachariae, § 760, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, *ibid.*, abbracciano la opinione del Bonnier, aggiungendo la ragione che le disposizioni dell'articolo 1336-1290 si allontanano dalle regole del dritto comune, e quindi non possono interpretarsi in un modo estensivo. Conf. *Osservazioni del Tribunato*, *Esposizione dei motivi*, di Bigot Preameneu, e Rapporto fatto al tribunato da Jaubert (Locrè, *Legisl.*, t. XII, num. 72, 203 e 22); Toullier, t. IX, num. 72. Vedi in senso contrario Rolland de Villargues, *Repertorio del Notariato*, v. *Perdita di titolo*, numero 17; Duranton, t. XIII, num. 255; Cassazione, 16 febrajo 1837 (Sirey XXXVII, 1, 253).—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE TERZA.

PRESUNZIONI.

707. Noi abbiamo esaurito quello che concerne le *pruove* propriamente dette, cioè quelle che poggiano sulla testimonianza dell'uomo. Eccoci ora alle presunzioni, cioè alle pruove, che si fondano semplicemente sul rapporto che può esistere tra taluni fatti comprovati nell' istruzione, ed altri fatti che trattasi di stabilire; pruove che Bentham chiama circostanziali. Qui l'intelligenza del giudice è sola in azione; è dessa quella che, senza il concorso d'alcuna testimonianza, *deduce la conseguenza dal fatto noto al fatto ignoto* (codice civile articolo 1349-1303. L' induzione è sempre, in ultima analisi, come abbiamo rilevato (1), il procedimento adoperato nelle pruove propriamente dette, non meno che nelle presunzioni. Ma noi abbiamo osservato che, essendo precisamente scopo della testimonianza stabilire i fatti litigiosi, l' induzione che conduce dalla testimonianza alla verità di questi fatti è tanto rapida che passa inosservata. Quello che devesi accuratamente esaminare, onde assicurarsi che non havvi nulla di sospetto, si è la testimonianza; ma ammessa questa, l'operazione intellettuale che conduce dalla testimonianza al fatto è in certo modo istantanea. Non avviene lo stesso nelle presunzioni. Allora, non solamente l' esistenza del fatto, sul quale riposa l'induzione, dev' essere prima chiaramente stabilita; ma questa stessa induzione non poggia che sopra una probabilità. Il vincolo che rannoda il fatto noto all'ignoto è puramente congetturale. È interessante verificare accuratamente l'aggiustatezza, spesso più solida che apparente, del ragionamento che conduce dall'uno all'altro. Per questa ragione la pruova che poggia sopra presunzioni è stata sovente chiamata *artificiale*, non perchè essa sia puramente arbitraria, ma perchè essa è sempre più o meno l' opera della ragione dell'uomo.

708. Noi però non consideriamo come presunzioni le induzioni che poggiano sopra leggi costanti della natura. Così, una donna divenuta incinta nell' assenza di suo marito, non sarebbe ammessa a sostenere,

(1) Vedi il numero 28.

Digitized by Google

per difendersi dall' accusa di adulterio, che la sua gravidanza è stata spontanea; i fatti miracolosi non potrebbero essere ammessi nella pratica giudiziaria. Le induzioni così concludenti hanno maggior forza della stessa testimonianza, e si confondono ordinariamente coll' evidenza immediata.

La presunzione suppone che siavi un dubio, che la relazione di taluni effetti a talune cause non sia certa, ma più o meno probabile. Così Quintiliano distingue in due classi ciò che egli chiama signa (1): « Alia sunt « quae necessaria sunt, quae Graeci vocant τεκμήρια, alia non necessaria quae σημεῖα. Priora illa « sunt quae aliter habere se non « possunt, quae mihi vix pertinere « ad praecepta artis videntur. Nam « ubi est signum insolubile, ibi ne « lis quidem est. . . . Alia sunt signa non necessaria, quae, etiamsi « ad tollendam dubitationem sola non « sufficiant, tamen adjuncta caeteris « plurimum valent. »

Le induzioni di quest'ultima specie, designate abitualmente sotto il nome d'*indizii*, che veniva dato ad esse anche da Quintiliano, sono le sole delle quali ci dobbiamo occupare. Questa distinzione è importante in Inghilterra; perocchè in quel paese, appartiene alla magistratura e non al giurì (2) statuire sulle presunzioni che si confondono coll'evidenza (3).

709. Le presunziuni meritano esse maggior fede delle testimonianze dirette? Saremmo tentati a dar loro la preferenza se ci occupassimo del pericolo della corruzione dei testimonii, dell'alterazione delle scritture. Ma se la testimonianza muta che si attinge negl' indizii, non può essere sospetta di mendacio come la testimonianza dell'uomo, può nondimeno talvolta essere l' opera del dolo, quando si supponga che una perfida combinazione abbia preparato anticipatamente taluni segni, per far credere all'esistenza di un supposto delitto. Inoltre quand'anche gl'indizii sui quali poggia la presunzione, siano scevri di qualsivoglia sospetto di falsità, il rapporto che può esistere tra questi indizii e la realtà del fatto litigioso è sovente molto equivoco; mentre, stabilita una volta la sincerità della testimonianza, la verità del fatto attestato ne emerge con evidenza. Del resto, riesce difficile stabilire su questo punto delle regole generali, perciocchè la fede delle presunzioni varia all'infinito secondo le circostanze, e la loro riunione attribuisce ad esse sovente tal forza della quale sarebbero interamante sfornite, se fossero isolate.

710. La quistione tendente a conoscere sino a qual punto un dato elemento noto renda verosimile l'esistenza di tale o tal'altra causa ignota, subordinata di sua natura ai lumi della ragione, dipende in generale unicamente dalla valutazione del giudice. Ma nei casi di maggiore interesse, la legge, volendo assicurare la stabilità di talune posizioni, e troncare dalle radici talune controversie, ha stabilito delle presunzioni alle quali il giudice è obbligato a conformarsi. Sonovi adunque delle presunzioni legali, come delle pruove legali. Non è già che risulti dalle presunzioni stabilite dalla legge una certezza completa, che ob-

(1) Instit. orat., lib. V, cap. IX.

(2) Nel civile come nel criminale, poichè il giurì esiste in Inghilterra, in tutte le giurisdizioni.

(3) Blackland, *Codex rerum anglicarum*, pag. 500.

blighi il giudice a conchiudere secondo le stesse; così, la circostanza che un figlio è stato concepito durante il matrimonio non è una pruova assoluta della paternità del marito. Ma, nel corso ordinario delle cose, il matrimonio colla madre del figlio rende la paternità abbastanza verosimile per aver potuto, in un interesse di sicurezza sociale, stabilire tra questi due fatti il rapporto di causa ad effetto, salva l'azione d'impugnazione in taluni casi determinati.

711. Prima di parlare delle presunzioni alle quali la legge attribuisce una forza affatto particolare, ci occuperemo delle presunzioni semplici,

val quanto
abbandonat
za del mag

712. Bis
non dovren
di una proc
sunzioni no
di testimon
scritture: es
per ordina
nelle concl
sola istruzi
volta dar l
dizii, si è
trattammo
di quest'op

Digitized by Google

LIBRO PRIMO.

PRESUNZIONI SEMPLICI.

713. Nelle legislazioni che abbandonano in ogni materia le pruove alla valutazione del giudice, spetta a lui pesare il valore degl'indizii, non meno che quello delle testimonianze, e non v'ha regola che restringa *a priori* la forza delle presunzioni. Questo aveva luogo in Roma: « Iudicia certa, diceva Diocleziano (1), « non minorem probationis quam « instrumenta continent fidem.» Ma nel nostro dritto, che sottopone a pruove precostituite le convenzioni delle parti, bisognava, a pena d'inconseguenza, escludere le presunzioni là ove escludevasi la pruova testimoniale, onde mettere i contraenti nella necessità di redigere una scrittura. Da ciò la pochezza di autorità delle presunzioni in materia civile, ove la maggior parte delle liti versa sopra convenzioni. In materia criminale, all'incontro, ove trattasi quasi sempre di semplici fatti, esse hanno un'estrema importanza, perocchè può sovente sopra di esse poggiarsi una condanna capitale. Qui, come per la pruova testimoniale, bisogna attenersi alla natura delle quistioni, e non al carattere della giurisdizione investita; le presunzioni saranno ammessibili nel civile, quando non si tratterà di disposizioni che debbano essere comprovate per iscritto, quando si domanderà, per esempio, la riparazione civile di un delitto; esse saranno, all'incontro, respinte nel criminale, quando si tratterà di stabilire prelimirnamente l'esistenza di una convenzione che avrebbe dovuto essere comprovata per iscritto, d'un deposito, per esempio, di cui si allegasse la violazione.

(1) Legge 19, cod. *de rei vindicatione.*

Sezione Prima.

Presunzioni semplici in materia civile.

714. L'ammessibilità, in materia civile, delle pruove circostanziali, non era, nell'antica giurisprudenza, regolata da principii ben certi. Sebbene lo spirito dell'ordinanza di Moulins, che voleva delle pruove stabilite e fisse, avesse dovuto portare ad escludere le presunzioni in tutti i casi in cui escludevasi la pruova testimoniale, pure siccome il testo dell'ordinanza non le respingeva, osservavansi le regole stabilite dai giureconsulti romani, e per conseguenza lasciavasi al giudice un potere illi-

Digitized by Google

mitato per decidersi a norma delle circostanze. Danty (1) ammette, egli è vero, la teorica che colloca l'autorità delle presunzioni sulla stessa linea della pruova testimoniale, ma egli non ne desume la conseguenza che la stessa esclusione debba applicarsi all'una ed all'altra pruova. Pothier si esprime d'una maniera estremamente vaga: egli indica talune presunzioni semplici, come quella che stabilisce, in favore di un usciere o di un procuratore, il possesso dei titoli della parte, che egli pretende avergli dato facoltà di agire in nome suo. Indi soggiunge (2): « Le altre presunzioni che noi chiamiamo semplici non formano sole e per se stesse una pruova; esse servono solamente a confermare ed a completare la pruova che altronde risulta. » Ma quali erano le presunzioni non istabilite da una legge, che potevano far pruova? Quali erano, per l'opposto, quelle che non avevano se non una forza sussidiaria? È chiarissimo che tutto questo dipendeva dall'arbitraria valutazione del giudice. Per questa ragione noi veggiamo talvolta l'antica giurisprudenza appigliarsi ad indizii debolissimi in cause di gravissimo momento. Così un arresto del parlamento di Parigi aggiudicò alla città di Auxerre una casa che il vescovo avea cominciato a fabricare, perchè un piccolissimo numero di presunzioni annunziava che questi avea intenzione di farne un collegio, sebbene non avesse nè fatto nè meditato alcun atto di donazione o di fondazione. La corte di cassazione decise in conseguenza, con un arresto di rigetto del 22 marzo 1810, che il codice civile ha innovato dicendo nell'articolo 1353-1307:

715. « Le presunzioni che non « sono stabilite dalla legge, sono ri« messe alla dottrina ed alla pruden« za del magistrato, il quale non « dee ammettere se non presunzioni « gravi, precise e concordanti, e so« lamente nei casi nei quali la legge « ammette la pruova testimoniale; « purchè però l'atto non sia impu« gnato per causa di frode o di do« lo. »

Queste ultime espressioni: *purchè l'atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo*, sono una vera ridondanza, perciocchè non può dubitarsi dell'ammessibilità della pruova testimoniale per istabilire la frode o il dolo, che sono semplici fatti pei quali non si è mai richiesto che si presenti una pruova scritta. Era bastevole mettere, in generale, l'ammessibilità delle presunzioni sulla stessa linea della pruova testimoniale (3) (*).

Essendo le presunzioni collocate nella stessa linea della pruova testimoniale, sono sempre ammessibili in materia commerciale, ove questa pruova è ammessibile quando il tribunale crede doverla ammettere (codice di commercio articolo 109-108)

(1) Addizioni sul capo VII di Boiceau, § 62 e seguenti.

(2) Trattato delle obbligazioni, num. 849.

(3) Vedi il discorso degli oratori del governo e del tribunato.

(*) Non è lecito far uso di presunzioni senza prima discutere se sia ammessibile la pruova testimoniale.—Corte suprema di Napoli, arresto degli 11 marzo 1851, nella causa *Focaccia e Duchaliot* (v. *Gazzetta dei Tribunali*, num. 504, pag. 585).

— Gl' indizii e le presunzioni militano nei quasi contratti, ed il magistrato non può dispensarsi da quelle allegate dalle parti nella ripetizione dell' indebito.— La stessa corte, rigetto del 29 marzo 1849, nella causa *Tedeschi e Ferreri* (v. *Gazzetta dei Tribunali*, num. 381, pag. 550). — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

108 [*]. Da ciò questa doppia conseguenza che può col mezzo di semplici presunzioni stabilirsi l'esistenza di un'obbligazione commerciale, siasene qualunque l'importanza (1); e che secondo la teorica che autorizza, in materia di commercio, l'amministrazione della pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto nell'atto [2], possono del pari mettersi innanzi le presunzioni per provare contro le enunciazioni contenute in una scrittura commerciale, e precisamente in una lettera di cambio (3).

716. Quali caratteri deve avere la pruova circostanziale per far fede in giudizio?

Danty [4], applicando alle presunzioni le regole che si seguono per valutare le deposizione dei testimonii, vuole che esse siano gravi e precise, indi soggiunge, per applicazione della regola *testis unus testis nullus*, che una sola presunzione non basta, e che ne debbono concorrere più di una per istabilire la realtà dei fatti allegati. Il codice civile, il quale vuole che siano *gravi*, *precise e concordanti*, sembra un eco di questa teorica. Ma se potevasi comprendere anticamente che si fosse richiesta *a priori* una certa quantità ed una certa qualità d'indizii, come richiedevasi un dato numero ed una data qualità di testimonianze per produrre il convincimento; oggi che l'amministrazione della pruova testimoniale è svincolata da tali ostacoli, questi non debbono più sussistere neanco per le pruove circostanziali. Un fatto isolato può dar luogo ad induzioni di un'estrema gravità, e bisogna confessarlo, la maggior parte delle presunzioni legali riposa sopra un solo fatto. La gravità, la precisione, la concordanza, sono, egli è vero, delle qualità preziose; ma le si debbono ricercare del pari nelle deposizioni dei testimonii, sebbene la legge non ne parli, e non si possono non ritenere come indicate alla coscienza del giudice. Per questa ragione la corte di cassazione rigettò, li 27 aprile 1840, un ricorso fondato sul singolare motivo che le presunzioni nella specie non erano gravi precise e concordanti, quasichè avesse potuto vedersi in questo una quistione di dritto.

Un sistema meno felice ancora, di cui questa stessa corte ha fatto giustizia (5), consisteva nel *sostenere* che, nel caso preveduto da un famoso testo di Papiniano (6), citato da Pothier, e molto in onore nell'antica giurisprudenza, l'induzione non era ammessibile se non quando la specie presentava la riunione di parecchie circostanze numerate dalla legge romana. È però evidentissimo che la legge *procula* non ha presso di noi che un'autorità di dottrina, e che la pretesa violazione di questa legge non potrebbe dar luogo ad un ricorso per annullamento.

SEZIONE SECONDA.

Presunzioni semplici in materia criminale.

717. Nel criminale, le presunzioni, che chiamansi meglio *indizii*, hanno un'estrema importanza. Essendo i delitti commessi sovente senza testi-

(*) Vedi la mia nota al num. 109. — *Il Traduttore.*

(1) Vedi un arresto di rigetto del 31 maggio 1836.

(2) Vedi il num. 109.

(3) Arresto di rigetto del 28 marzo 1831.

(4) *Loc. cit.*

(5) Arresto di rigetto delli 11 novembre 1806.

(6) Legge 26, dig. *de probationibus.*

Digitized by Google

monii, rendesi necessario appigliarsi alle pruove circostanziali, comunque siano inferiori alle pruove dirette.

Noi parleremo dapprima dell'ammessibilità degl'indizii; presenteremo in prosieguo talune osservazioni sulla loro classificazione, e sul modo in cui conviene discuterle.

§ 1. *Ammessibilità degl'indizii.*

718. Si è in tutti i tempi riconosciuto che la pruova indiziaria offre gravi pericoli. « Nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Trajanus « rescripsit, » ci dice Ulpiano (1). Da un altro lato, Graziano permette di servirsi « indiciis ad probationem « indubitatis et luce clarioribus (2). » Si sa del resto, che i giureconsulti romani non cercarono giammai di determinare i limiti, che separano il dubio dalla certezza. In materia di presunzioni, come in materia di testimonianze, non avevano la pretesa irragionevole di legare la coscienza del giudice con regole di dritto, come se il convincimento legale riposasse sopra basi diverse da quelle in cui poggia il convincimento morale; essi volevano dargli solamante dei savii consigli. Noi veggiamo per gli scritti di Cicerone e di Quintiliano che gl'indizii spiegavano grande influenza nelle accuse criminali in Roma. Siccome, nel sistema delle accuse private, non procedevasi ad un interrogatorio formale dell'accusato, non rimaneva altro espediente, dopo essersi ascoltati i testimonii, che la discussione delle pruove circostanziali, discussione la quale, per sua stessa natura, contribuiva in modo particolare al successo dell'arte oratoria.

719. Nel sistema inquisitorio, che tende alla ricerca diretta della verità, l'esame degl'indizii non è solamente un testo per le difese, ma un mezzo d'informazione che debbesi combinare colle deposizioni dei testimonii, e principalmente coll'interrogatorio dell'accusato. Provocare delle spiegazioni orali per rischiarare le pruove circostanziali, invece di discuterle puramente e semplicemente in astratto, è veramente un progresso sensibile in legislazione. Sventuratamente, un desiderio esagerato di giungere allo scovrimento della verità fece adoperare la via meno atta ad ottenere lo scopo, la violenza fisica. Quando non eravi confessione dell'imputato, o attestazione di due testimonii irreprensibili, gl'indizii, qualunque ne fosse stata la gravità, non potevano dar luogo ad una condanna capitale, ma solamente all'uso della tortura: scrupolo singolare, il quale, per non condannare troppo facilmente un colpevole, correva il pericolo di far subire ad un innocente un modo d'istruzione che era per se stesso un vero supplizio! La tortura preparatoria era una specie di pruova legale, la quale, quando era favorevole all'accusato, avea per effetto di purgare gl'indizii. « Tortu« rae tanta vis est, dice Farinacio (3), « ut in ea persistens negando, puram « veritatem dixisse praesumatur. » « Quando l'imputato, dice Pothier (4), « non ha confessato alla tortura il « reato di che è accusato, se la sen« tenza che ha ordinato la tortura « non fa riserva di pruove, tutte le « pruove e gl'indizii raccolti in pro« cesso contro l'accusato sono pur« gati dalla tortura, e se non ne so« praggiungono dei nuovi, tra la tor-

(1) Legge 5, dig. *de poenis.*
(2) Legge ult. cod. *de probationibus.*
(3) Quistione 40, num. 1.
(4) Trattato della procedura criminale, sezione V, art. 2, § 3.

Digitized by Google

« tura e la sentenza, ei dev' essere « assoluto. »

Questa facoltà di riservare gl'indizii era tutto quello che si può immaginare di più arbitrario. Per questa ragione parecchi scrittori volevano almeno che il *manentibus indiciis* non avesse potuto pronunziarsi che dalle corti sovrane [1], ma l'ordinanza del 1670 [2] stabilì generalmente questa facoltà per tutte le giurisdizioni, contro l'avviso del presidente Lamoignon. Quando questa riserva non facevasi, l'energia morale dell'accusato, o sinanco la forza dei suoi nervi aveva la virtù di annientare tutti i carichi che potevano gravare precedentemente sopra di lui. Se, all'incontro, la tortura strappava una confessione, questa confessione dava una falsa sicurezza al giudice, il quale condannava senza imporre a se stesso l'obbligo di scrutare il valore degl'indizii. L'istoria tanto nota della *gazza ladra* non è che un esempio sventuratamente troppo vero di questi deplorabili errori giudiziarii [3].

720. Se oggi non può più supplirsi per mezzo della tortura all'insufficienza delle presunzioni che militano contro l'accusato, un altro errore, il quale è tutt'altro che sradicato, e che noi abbiamo già avuto occasione di combattere [4], si è quello che consiste a pronunziare nel dubio, secondo l'espressione bizzarra di Papon, qualche graziosa condanna. Questo mezzo termine, contrario alla giustizia non meno che alla logica, benchè respinto, come abbiamo veduto, sin dal 1737 dal cancelliere d'Aguesseau, si è conservato lungamente nella dottrina.

Noi lo ritroviamo ancora in Merlin: « Se non si trattasse d'altro, dice « egli, parlando dei delitti contrarii « ai costumi [5], che di profferire « una pena leggiera, e piuttosto cor- « rezionale anzichè afflittiva o infa- « mante, non si dovrebbe usare molto « rigore nelle pruove, perciocchè « quand'anche l'accusato non fosse « colpevole del delitto imputatogli, « sarebbe risponsabile di aver dato « luogo colla sua condotta a sospetti « scandalosi. »

Ritrovasi ancora questo sistema, non meno che il *messo fuori corte* [6] *e la più ampia istruzione*, in talune legislazioni germaniche. Ma non havvi nulla di simile nel nostro dritto francese moderno il quale *non* riconosce termine medio tra la colpabilità e l'innocenza. Di conseguenza l'art. 727-648 del codice civile non dichiara indegno se non colui che è stato *condannato* per aver dato la morte o tentato di uccidere il defunto, mentre altrevolta semplici sospetti bastavano per autorizzare a pronunciare l'indegnità. Così, nella causa della *bella bottaja*, il parlamento di Parigi dichiarò, li 3 giugno 1766, che l'indegnità potea risultare da una semplice sentenza di più ampia istruzione.

721. L'articolo 342 del cod. d'i-

(1) La tortura con riserva di pruova veniva considerata come una pena più rigorosa delle galere (ordinanza del 1670, titolo XXV, articolo 13). Questa riserva permetteva di applicare qualunque pena, ad esclusione di quella capitale (*ibid.*, titolo XIX, articolo 12).

(2) Titolo XIX, articolo 2.

(3) È noto che la memoria di questo tristo fatto fu consagrato in Parigi sino alla rivoluzione del 1789, con una messa conosciuta sotto il nome di *Messa della Gazza*, alla quale i magistrati assistevano in abiti rossi.

(4) Vedi il numero 40.

(5) Repertorio v. *Indizii*, num. IV.

(6) È noto che le lettere patenti dell'imperatore d'Austria, in data del 31 dicembre 1851, hanno di nuovo consagrato l'istituzione del *messo fuori di corte e di causa* (vedi pagina 30 nota 1).

Digitized by Google

struzione criminale applica particolarmente agl'indizii il nuovo principio, comune a tutte le giurisdizioni, secondo il quale il convincimento del giudice criminale è in generale sviacolato da qualunque ostacolo: « La « legge non dice affatto ai giurati: Voi « non riguarderete come bastante- « mente stabilita ogni pruova che non « sarà formata dal tale processo ver- « bale, dai tali documenti, dai tali « testimonii o *da tanti indizii*, essa « non fa che questa sola domanda « che racchiude tutto il complesso « dei loro doveri: Avete voi un in- « timo convincimento ?»

722. Le regole tendenti a determinare *a priori* il valore degl'indizii, come le altre applicazioni del sistema delle pruove legali, sono incompatibili coll' istituzione del giurì [1]. Si concepisce meglio l'utilità di queste regole in quei luoghi ove la giurisdizione criminale viene esercitata da una magistratura permanente, principalmente in quelle contrade ove il processo è scritto e segreto. « L'accusato ed il suo difensore, dice « il signor Mittermayer [2], non com- « pariscono nel procedimento finale, « e quindi non possono nè contra- « dire gl'indizii, nè prevedere quali « circostanze di dettaglio riferite nei « documenti faranno sulla mente « del giudice diffinitivo una potente « impressione. Costui dal suo canto « attribuisce ad esse un valore che « spesso non hanno nella causa; ov- « vero lasciasi macchinalmente tra- « scinare a numerare gl'indizii, in- « vece di esaminare la persona del- « l'accusato, e di pesare l'importanza « reale delle circostanze. Anche qui, « bisogna dare la preferenza al si-

« stema
« pubblic
« zio a c
« separa
« cui l'ac
« in poss
« durre
« punto
« dal ca
« mente
« titudin
« elemen
« della c
« dirsi il
« sioni co
« seguito

723. I
1833, di
alle mat
dall'ordi
è stata m
l'abroga
le letter
1851, fo
una teo
ziaria. Il
modifica
del codi
stabilisc
« L'ir
« essere
« convi
« ma so
« dizion
« raccol
« 1.
« le cir
« delitt
« 2.
« conco
« nume
« 3. I
« zii, de
« stabil

(1) Vedi pagina 28, nota 4.
(2) Capo LXI, nota ultima.
(3) Osservisi che si dice che l'accusato può essere, e non già che debba essere

consider
teorica d
infatti o
se non

Digitized by Google

« tare una connessione tanto diretta « e chiara, tra la persona dell'im« putato ed il delitto, che, secondo « il corso ordinario e naturale del« le cose, non si possa supporre che « un'altra persona, che non sia l'im« putato, l'abbia commesso. »

La prima di queste condizioni, la pruova preliminare del delitto, deve essere ragionevolmente richiesta presso di noi, quante volte è possibile, cioè quando trattasi dei delitti *facti permanentis* [1].

La terza è dell'essenza della pruova indiziaria, che suppone sempre un convincimento ben formato.

Per quanto concerne la seconda, di cui lo sviluppo trovasi nel corpo del decreto, il quale passa in rassegna un gran numero d'indizii e richiede che gli stessi concorrano al numero di tre; bisogna confessare che essa è puramente arbitraria. Un solo indizio può esser decisivo; tre o sinanco quattro indizii possono non avere alcuna forza. Il buon senso vuole che, al pari delle testimonianze, essi siano pesati e non numerati. Ad ogni modo la legislazione austriaca è conseguente. Essa ammette tuttora la massima *testis unus testis nullus* [2], e siccome le presunzioni non hanno interamente la stessa forza delle testimonianze dirette, essa ha creduto dover richiedere tre presunzioni, per supplire i due testimonii. Del resto questa non è se non la riproduzione della teorica degli antichi interpreti, i quali richiedevano che le presunzioni fossero state al numero di tre, a meno che non fossero state estremamente forti, caso in cui due potevano essere sufficienti [3]. È increscevole vedere queste vecchie idee ritornate in onore nel secolo decimonono [4].

724. Il principio, vero nel criminale come nel civile, che ammette la presunzione ove sono ammessibili i testimonii, è sembrato a noi che soffra eccezione quando trattasi di apprestare la pruova contraria a taluni processi verbali. In tal caso, ai termini dell'articolo 146 del codice d'istruzione criminale, non si possono fornire se non pruove scritte o testimoniali. Gl'indizii quindi non potrebbero in questa materia essere considerati come mezzi efficaci [5]. Certamente, sonovi dei casi in cui gl'indizii a discolpa, opposti ad un processo verbale, possono essere estremamente gravi. Così, suppongasi che una guardia campestre comprovi un delitto, o una contravvenzione rurale, e che il colpevole abbia dovuto necessariamente lasciare *l'orma* dei suoi passi sulla neve; se la persona indicata nel processo verbale stabilisce chiaramente che le orme rinvenute non corrispondono per nulla ai suoi piedi o al suo calzare, non sarebbe eminentemente ingiusto conservare la fede del processo verbale? Havvi qualche cosa di arbitrario nell'escludere così in massa gl'indizii, invece di analizzarli; ma questo è sembrato a noi essere lo spirito della legislazione speciale.

§ 2. *Classificazione degl'indizii.*

725. Gli antichi criminalisti, e le leggi che sono state redatte dietro le loro teoriche, hanno dato varie classificazioni d'indizii.

(1) Vedi il num. 48.

(2) Codice austriaco, parte 1, art. 404.

(3) Comparate Dumoulin, *consuetudine di Parigi*, titolo *dei feudi*; § 33, glos. II, num. 69, e il decreto austriaco del 1833 § 6 e 7.

(4) Vedi anche l'ordinanza criminale di Baden del 1845, articolo 226.

(5) Vedi il num. 517.

Digitized by Google

726. Primieramente sono stati divisi [1] in manifesti, vicini e remoti.

I primi sono quelli che hanno un rapporto necessario col fatto allegato. Nella teorica delle pruove legali, tali indizii non potevano essere distrutti dalla pruova contraria. Davasi ordinariamente per esempio d'indizio manifesto, il caso in cui due testimonii irrecusabili deponevano aver veduto l'accusato, che teneva nelle mani una spada nuda ed insanguinata uscire dalla camera in cui una persona era stata trovata ferita d'un colpo di spada.

Però quest' indizio è vicinissimo, veemente, se si vuole, ma non già manifesto: perocchè potrebbe provarsi esservi stato un suicidio, o che l'accusato aveva, per l'opposto, difeso la vittima contro l'assassino scomparso. Un esempio migliore è quello che si trae dal capitolo XII delle decretali, in cui il delitto di adulterio è considerato come chiaramente stabilito, quando l'accusato sia stato trovato *solus cum sola*, *nudus cum nuda*, *in eodem lecto*. Nella nostra legislazione, la quale non ammette altre pruove che la flagranza o la corrispondenza, non si è giammai esitato a considerare queste circostanze come equivalenti alla flagranza; ed in vero come spiegarle? L'accusato muoverebbe a riso se volesse sostenere che, nuovo Roberto d'Arbrissel, egli non si esponeva alla tentazione che per avere il merito di resistervi [*].

Gl' indizii vicini sono quelli che hanno un rapporto diretto col delitto senza supporlo necessariamente. Se

ne dà per
effetti sosp
dell'accusa
atti a com
Gl'indizi
non hanno
diretto co
antecedent
fuga. Giur
nel numer
cattiva fis
cattivo no
questi era
indizii lon
Gl' indiz
per dar lu
distinzione
lontani no
dice deve
queste du
zioni, ch
non num
indizii so
non è ot
miracolo
dine mor
di leggere
ra immed
727. U
nella pra
che modo
classifica
concomita
preparato
indizii an
mitanti si
che acco
to, per e
partenent
vata vici
i tentativ
stimonii,

(1) *Instituzioni di dritto criminale*, di Mouyart de Vouglans, parte IV, capo V.

(*) La gran corte criminale di Palermo, li 6 aprile 1850, nella causa, da me difesa, di Agostino Mannone, accusato di omicidio in persona della moglie, ammise la

scusa dell'a
za pel solo
sorpresa in
pubblica n

(2) Muy

Digitized by Google

ti. Se riesce utile ricercare separatamente queste tre classi d'indizii, è un grave errore volere, come fece il codice criminale di Baviera del 1813 (1), articolo 328, num. 1, che queste tre specie d'indizii si trovino riunite. Questo importa esigere una condizione sovente impossibile, e che nella pratica bavara deve sempre procurarsi di eludere.

728. La famosa ordinanza criminale di Carlo V, conosciuta sotto il nome di Carolina, enumerando i principali indizii che potevano dar luogo all'applicazione della tortura (2), li classificava in indizii comuni, ed in indizii proprii, secondo che essi possono riferirsi ad ogni specie di delitti, o che sono particolari al furto, al veneficio, ec. [3].

Le camere del consiglio o delle sottoposizioni ad accusa che debbono pronunziare sulla gravità degl'indizii, possono attingere utili indicazioni in queste regole, di cui il decreto austriaco del 6 luglio 1833, che enumera accuratamente gl'indizii generali e speciali, può essere considerato come l'ultima edizione.

Coloro che bramano maggiori dettagli sulla classificazione degl'indizii, consulteranno con frutto il libro V delle *Pruove giudiziarie* di Bentham, consagrato alle pruove circostanziali, ove la materia è trattata principalmente sotto il punto di vista del dritto criminale.

§ 3. *Discussione degl'indizii.*

729. Nella discussione degl' indizii è d'uopo procedere con metodo e precisione; in caso diverso, quando la causa è un poco complicata, si corre rischio di smarrirsi.

L'atto di accusa, che è la base della procedura nell' alto criminale, deve finire con conclusioni ben nette, enumerando ciascuno dei carichi che pesano sull'accusato, ed i mezzi in sostegno di tali carichi. Esso deve fare emergere le induzioni che possono ricavarsi dal fatto allegato, indi dimostrare in qual guisa questo stesso fatto sia stabilito, mentre troppo sovente si procede alla rinfusa, insistendo sopra circostanze insignificanti, non meno che su quelle di cui la giustificazione sarebbe decisiva. Nell' *indictment* inglese la parte istante è obbligata a precisare in termini tecnici i fatti criminosi da essa allegati. Ma si cade nell'eccesso contrario, introducendo uno stile solenne, da cui l'*indictment* non può allontanarsi a pena di nullità. Se ne annullò uno, li 10 agosto 1824, alle assise di Hereford, perchè vi si erano adoperate le espressioni *assise generali*, invece di quelle di

(1) Questo codice, opera del celebre Feverbach, pecca per una tendenza troppo sistematica; esso fu modificato con una legge del 29 agosto 1848.

(2) Ma la Carolina, conformemente alla teorica degli antichi criminalisti (n. 717), non permetteva di fondare la condanna diffinitiva sopra semplici indizii. Secondo l'articolo 22 di quest'ordinanza, non può profferirsi condanna, nè decretarsi pena, *se non vi sono contro l'accusato che indizii, sospetti, presunzioni*, siasene qualunque il numero e la natura. Per eludere l'applicazione di quest'articolo i giureconsulti alemanni del secolo decimosettimo immaginarono di applicare, in simil caso, una pena estraordinaria (vedi numero 48). Del resto, lo spirito della Carolina si ritrova nell'ordinanza badese del 1845, di cui l'articolo 261 vuole «che i fatti « non abbiano semplicemente gl'indizii per « base della loro dimostrazione; ma che « delle pruove immediate sole, o combi- » nate con altri indizii, concorrano, rela- « tivamente ad essi, a costituire la cer- « tezza giuridica. »

(3) Muyart de Vouglans, *loc. cit.*

grandi assise: il che richiama molto bene il sistema delle azioni della legge, in cui un litigante succombeva nell' agire *de vitibus succisis*, perchè egli aveva nominato *le vigne*, invece di parlare di *alberi* in generale (1). Potrebbesi, senza cadere in questa esagerazione, evitare quell' indeterminazione che è stata talvolta rimproverata con qualche ragione agli atti di accusa francesi. Articolati bene i fatti, come sono quelli dei quali si domanda di far la pruova in un esame testimoniale civile, quest'atto diverrebbe il cerchio entro cui dovrebbe muoversi la discussione. A misura che andrebbero ad interrogarsi i testimonii, si avrebbe cura di far sorgere le circostanze di tale o tal'altra deposizione, facendo sempre risultare il rapporto del fatto attestato colla colpabilità che si tratta di stabilire.

730. In secondo luogo, è utile staccare il fatto principale dai fatti accessorii, onde stabilire il primo separatamente, salvo a fortificare in prosieguo la pruova che ne risulta, coll' ajuto della dimostrazione degli altri. Chi si astenesse dal seguire questo sistema, si esporrebbe a commettere delle petizioni di principio. Così, in una causa di congiura, cercasi sovente di stabilire la congiura stessa coll'ajuto di una moltitudine di circostanze di dettaglio, che isolatamente prese sarebbero insignificanti. Poscia, quando l' accusato risponde che queste circostanze non hanno l'efficacia che ad esse si attribuisce, se ne pretende stabilire la criminalità coll' ajuto della congiura, la quale però non è stata preliminarmente dimostrata, e che di conseguenza non poggia essa stessa se non sopra la riunione di queste circostanze. Gl' inglesi chiamano *constructive offenses* i delitti che risultano in tal modo da una riunione di elementi i quali, isolatamente presi, sarebbero innocenti. Un inglese accusato di un delitto di questa natura, diceva che non comprendeva come *con dieci mila pezzi d'un cavallo bianco potevasi formare un cavallo nero*. Quando vuolsi stabilire uno di questi delitti complessi, bisogna giustificare specialmente l' esistenza del fatto principale, intorno al quale vengono a riunirsi i fatti accessorii; in caso diverso gl'indizii leggieri, per quanto si suppongano numerosi, non potrebbero far corpo, e la parola dell' inglese diverrebbe applicabile.

731. Finalmente una terza osservazione che non bisogna perdere di vista, si è che niun anello deve potersi staccare dalla catena la quale, nell'induzione, rannoda le circostanze conosciute al fatto generatore della colpabilità. Così, la vendita dei proprii abiti fatta dall' accusato, lontano dal luogo in cui il misfatto fu commesso, non sarebbe una circostanza incolpante se non quando si avverasse poco dopo la consumazione del delitto; fatta molto tempo dopo, essa si spiegherebbe molto meglio da altri motivi che dal timore di essere scoperto. Bisogna dunque poter sempre stabilire che esisto una relazione non equivoca tra il fatto che si pruova e la colpabilità che si tratta di dimostrare; perocchè se sfugge un solo anello, tutta la catena si rompe.

732. Del resto, l' avvocato che vuole esercitarsi alla discussione degl'indizii, non deve limitarsi a studiare le regole teoretiche della materia, nei libri del dritto e nelle opere di rettorica; egli deve consultare principalmente i capi lavori del

(1) Gajus, *comm.* IV, § 11.

Digitized by Google

foro antico e moderno. L' orazione stata di Cicerone pro Milone è sempre ques

(1) Vedi sulla discussione degl' indizii un' eccellente nota del signor Duca di Broglie, inserita alle fine del primo vo-

lun
ed

Digitized by Google

LIBRO SECO

PRESUNZIONI LE

733. Non riesce sempre possibile all' uomo giungere alla conoscenza perfetta della verità in ogni caso particolare, e pur nondimeno i bisogni sociali non gli permettono di sospendere il suo giudizio ed astenersi dal decidere. La stabilità e lo stato delle persone, quella delle proprietà, finalmente il bisogno di calma e di sicurezza per una moltitudine d'interessi preziosi, costringono il legislatore a ritenere per veri un gran numero di punti, che non sono dimostrati, ma di cui l'esistenza è stabilita da un' induzione più o meno possente. L' ordine politico, al pari dell'ordine sociale, non poggia che sopra presunzioni legali. L'attitudine ad esercitare taluni dritti, ad adempire talune funzioni, non si riconosce che per mezzo di talune condizioni determinate *a priori*, essendo indubitatamente impraticabile una verificazione speciale per ciascun individuo. A misura che i rapporti sociali si complicano, rendesi necessario moltiplicare tali presunzioni. Per questa ragione havvene nel nostro dritto un numero molto maggiore di quello che ve ne fosse in Roma.

734. delle s
imporc
profess
ridiche
poche
gli a t
dipend
costanz
che ci
person
scrizion
in app
stro qu
sostanz
E di v
termina
tale o
sconsi
al fatto
prefere
noto r
cienti
ignoto,
sociale
zione
sistenz
zioni,
loro s
all' es
teria.

Digitized by Google

qui che stabilire i principii generali.

Se non che, dopo aver parlato delle presunzioni speciali alle materie civili ed alle materie criminali, noi tratteremo con qualche dettaglio di una presunzione comune a tutte le giurisdizioni, che è la base di tutto l'edificio giudiziario, dell'autorità detla cosa giudicata.

SEZIONE PRIMA.

Presunzioni legali in materia civile.

735. « La presunzione legale, dice l'articolo 1350-1304 del codice civile, è quella che una legge speciale attribuisce a taluni atti, o a taluni fatti. »

Altravolta le presunzioni potevano essere desunte da taluni testi del dritto romano, non meno che da fonti moderne; esse potevano sinanco, secondo Pothier (1), essere stabilite per argomento da qualche testo di dritto. Un simile sistema offriva tanti inconvenienti, che non era possibile, in una legislazione che tende a prevenire qualunque incertezza, qualunque arbitrio, lasciare alla giurisprudenza ed alla dottrina il potere di stabilire delle presunzioni legali.

736. L'articolo 1350-1304, dà per esempio di questi atti o fatti ai quali attribuiscesi una presunzione legale:

1. « Gli atti che la legge dichiara « nulli per la sola loro qualità, perchè li presume fatti in frode delle « sue disposizioni. » Tali sono le donazioni fatte a taluni congiunti dell'incapace, che presumonsi fatte all'incapace stesso [articolo 911-827 e 1100-1024]; ovvero benanco gli atti traslativi di proprietà a titolo gratuito, fatti dal fallito nei dieci giorni che precedono la cessazione dei pagamenti, o dopo siffatta cessazione [codice di commercio, articolo 444-436].

2. « I casi nei quali la legge di« chiara che la proprietà o la libe« razione risulti da alcune circostanze « determinate. » La prescrizione per acquistare o per liberarsi, i segni di comunione o di non comunione, ec. rientrano in questa categoria.

3. « L'autorità che la legge attri« buisce alla cosa giudicata. » Noi ne parleremo specialmente nella nostra terza sezione.

4. « La forza che la legge dà alla « confessione o al giuramento della « parte. » Noi collocammo fra le pruove propriamente dette la confessione ed il giuramento, che sono infatti dichiarazioni dell'uomo, e non semplici indizii attinti nello studio dei fatti.

737. Due gradi comprendonsi nella presunzione legale. La legge può imporre al giudice talune pruove circostanziali, obbligandolo ad avere per veri i fatti che esse tendono a stabilire, ma lasciando alle parti interessate la facoltà di dimostrare che quest'induzione non è fondata. Essa può andare più oltre, respingere sin dal principio qualunque pruova contraria, e fare necessariamente risultare da talune date circostanze l'esistenza legale di taluni fatti. Questa distinzione è di tutti i tempi e di tutti i paesi; essa ritrovasi in tutti quei paesi ove sonosi introdotte presunzioni di questa natura. Così si è sempre ritenuta inattaccabile la presunzione nascente dalla cosa giudicata, quando tutte le vie di ricorso siano state esaurite.

Ma le denominazioni adoperate per denotare questi due gradi di presunzione non furono immaginate se non dai dottori del medio evo: essi chiamarono le presunzioni del primo grado *juris tantum*, e quelle del

(1) Trattato delle obbligazioni, n. 843.

secondo grado *juris et de jure*. Menochio spiega queste denominazioni dicendo che la presunzione è *juris* nei due casi, perchè essa è sempre introdotta dalla legge, ma che essa è *de jure* nel secondo solamente, « quia super tali praesumptione lex « inducit firmum jus et habet eam « pro veritate. » Queste espressioni barbare possono essere considerate come una lingua di convenzione. Sebbene il significato ne sia chiaro nella pratica, noi ci asterremo dal riprodurle, perchè non sono state riprodotte dal codice. Ma in sostanza si è sempre riconosciuto che talune presunzioni non debbono ammettere la pruova contraria. Ben male a proposito quindi Toullier (1) attribuisce a D'Aguesseau la singolare opinione che tutte le presunzioni ammettono la pruova contraria, perchè questo giureconsulto, nella sua ventesimaterza orazione, dichiara, in generale, che l'autorità delle presunzioni non è assoluta. Trattavasi, nella specie, di una quistione di legittimità, ed è ben chiaro che D'Aguesseau prendeva questo speciale punto di vista quando limitava l'autorità delle presunzioni legali.

738. L'effetto generale della presunzione della legge si è di dispensare da qualsiasi pruova colui in vantaggio del quale essa esiste [codice civile articolo 1352-1306]; la pruova trovasi fatta con anticipazione: ma quando la presunzione non è che del primo grado, il solo scopo che la legge si propone, si è di far considerare taluni fatti come segno apparente del dritto, per esempio, il possesso di un immobile come indicante la proprietà di quest' immobile, rimanendo sempre ammes-

sibile la
però la
sia stata
rità assol
ve per
lunque
materia
traria al
durante
il marit
caso d'i
quello i
tempo
della na
234 e 3
vesi aggi
legge de
in cui
sona, ha
to da q
Gener
gere un
appresta
più gra
sinanco
presunzi
causa n
egli è ver
dell'arre
najo 181
« se una
« essere
« sitiva
« che es
« esserlo
« rizzate
« bitrari
servato
di talu
quali la
necessa
le. Deb
resto d
materia
simili r

(1) Tomo X, num. 42.
(2) Vedi pag. 365, nota 5.
(3) Ve

Digitized by Google

ria può consistere in presunzioni, non meno che nelle pruove propriamente dette (*).

739. La presunzione del secondo grado è generalmente invincibile. Ma a quali caratteri riconoscere una presunzione di questa natura nel silenzio del legislatore? Questo punto era oscurissimo nell'antica dottrina. I redattori del codice hanno procurato di determinare i casi in cui la pruova contraria sia effettivamente inammessibile.

« Non è ammessa veruna pruova, « dice l'articolo 1352-1306, contra « la presunzione della legge, quan- « do, sul fondamento di tal presun- « zione, essa annulla taluni atti o ne- « ga l'azione in giudizio; purchè la « legge non abbia riservato la pruova « in contrario, e salvo ciò che si « dirà sul giuramento e sulla con- « fessione giudiziale. »

Questa disposizione, destinata a far cessare antiche controversie, è tutt'altro che chiara, e dà luogo a difficoltà intorno alle quali sono divisi i migliori ingegni.

740. Ma, prima di affrontare quistioni più interessanti, rileveremo un errore di Toullier (1), il quale prese in prestito dai più antichi glossatori la singolare proposizione che si può sempre provare contro una presunzione legale, provando di non essere nel caso preveduto da questa presunzione. « Et si directa proba- « tio, dice Alciato, regulariter non « admittatur contra prnesumptionem « juris et de jure, admittitur tamen « indirecta, quia, quum lex requi- « rit certas qualitates et circumstan- « tias ad hanc probationem consti- « tuendam, semper admittuntur pro- « bationes, quod non sit talis ca- « sus, vel non adsit aliqua ex re- « quisitis qualitatibus. » Come se fosse provare contro una presunzione legale stabilire che essa non sia applicabile nella specie; provare, per esempio, a colui che invoca l'autorità della cosa giudicata, che non vi è stata giammai sentenza pronunziata in di lui favore. Una simile teorica avrebbe meritato di essere relegata tra le visioni di Alciato.

741. Ripigliamo ora i tre punti di che si occupa l'articolo 1352-1306: 1° la determinazione dei casi in cui la pruova contraria non è ammessa; 2° la riserva di talune eccezioni formali alla regola stabilita; 3° l'ultima riserva relativa al giuramento ed alla confessione giudiziale.

742. Havvi presunzione legale assoluta, ci si dice, quando, sul fondamento di tale presunzione, la legge annulla taluni atti o nega l'azione in giudizio. Gli atti in tal modo annullati, dei quali intendesi parlare, non sono quelli infetti d'una nullità radicale, come mancanti d'una condizione essenziale intrinseca per la loro validità; è chiaro che in tal caso la nullita non risulta da una presunzione, ma dalla forza medesima delle cose. Essi non sono neanco quelli nulli nella forma; le nullità di forma risultano da testi imperativi, contro dei quali, quando i fatti sono ben comprovati, non potremmo levarci senza condannare la legge stessa. Gli atti di che la legge intende parlare sono quelli che essa dichiara nulli (articolo 1350-1304, 1°), perchè si presumono fatti in frode delle sue disposizioni, per la

(*) Questa è parimente l'opinione di Zachariae, § 750, e dei suoi annotatori Aubry e Rau, *ib.*—In quanto alla pruova testimoniale è stata dichiarata ammessibile da un arresto della corte di Nimes, del 22 maggio 1819.—*Il Traduttore.*

(1) Tomo X, num. 37 e seguenti.

Digitized by Google

loro sola natura. Avrebbe potuto sostenersi che la pruova contraria non doveva essere respinta, perocchè la giustificazione della buona fede è sempre favorabile: ma il legislatore, amando meglio troncare le liti anzichè rendere una stretta giustizia, trovò più semplice respingere qualunque pruova, salva la restrizione della quale or ora terremo parola. Lo stesso avviene dei casi in cui la legge nega l'azione in giudizio; il che si applica precisamente alla prescrizione. Si osservò che le contese dovevano avere un termine. Quando dunque un'azione è negata, havvi un interesse pubblico in movimento, ed io non sarei ammesso a pretendere, per esempio, che io non aveva l'intenzione di rinunziare ad un dritto sul quale ho conservato il silenzio per trent'anni. Queste due specie di presunzioni hanno per iscopo di far rispettare i precetti del dritto civile; le altre non sono che interpretazioni di fatti o di volontà, interpretazioni che debbono svanire in faccia alla dimostrazione evidente del vero stato delle cose o della vera intenzione delle parti. Così, quando ci si dice, che la vendita coll' assaggio si presume sempre fatta sotto condizione sospensiva (articolo 1588-1433), resta bene inteso che potrò sempre dimostrare che i contraenti hanno avuto un'intenzione contraria.

743. Anche nei casi in cui niuna pruova è ammessa contra la presunzione della legge, l'articolo 1352-1306 aggiunge: *purchè essa non abbia riservato la pruova in contrario.* Trovansi degli esempii di questa riserva nei casi in cui l'azione in giudizio è negata. Così, la tradizione della

prima cop
cutoria fa
renza di q
non fa fe
sino a pr
ticolo 128
trovati ca
lando tal
fraudolent
traria am
dell' artico
sotto ques
serva per
un rinvio

744. Fi
con una ri
quello che
dirà sul gi
giudiziale.
significati
in seguito
cato, il le
ramento e
sunzioni,
appresso,
come mez
presunzio
principio
pruova co

Nel sen
fa osserva
già colloc
d'una ma
fessione e
sunzioni
confessio
è capace d
di non è u
il rinvio
di far ri
thier (1),
della con
se la leg
talune s
presunzio

(*) Uniformi: Duranton, tomo XIII, numero 413; Zachariæ, § 750, nota 9. *Il Traduttore.*

BONNIER

(1) Trat
ro 842.

Digitized by Google

tono la pruova contraria, si sarebbe spiegeta con maggior chiarezza.

Ma quest' interpretazione ci sembra nel tempo stesso inesatta per se stessa, e poco in armonia col testo che vuolsi spiegare. Non comprendesi bene perchè debba dubitarsi a quale la legge intenda rispondere. Quand'anche dovesse considerarsi la confessione come una presunzione legale, non saremmo per questo autorizzati a scorgere in essa una presunzione legale assoluta. In tutti i tempi si è riguardata la confessione come capace di modificazione, spiegazione e ritrattazione da parte di colui che l' ha fatto. Ove sarebbe mai dunque la necessità di un' eccezione per la confessione, se essa non fosse compresa nella regola? Ma quello che è più incomprensibile in questa opinione si è che la legge indica in prima linea il giuramento decisorio (1), il quale precisamente non ammette giammai la pruova contraria (articolo 1363-1317). Inutile per la confessione, il rinvio sarebbe una contradizione pel giuramento; e dovrebbesi conchiudere con taluni scrittori, che le espressioni: *salvo ciò che si dirà*, ec. caddero sotto la penna del legislatore, senza che egli si avesse per nulla la coscienza di quello che scriveva.

Ma noi non siamo ridotti a quest' espediente disperato, vera abdicazione da parte dell' interprete. Ricordiamoci che si è parlato della pruova contraria, la quale non è ammessa contra le presunzioni legali assolute, se non nel caso di una riserva espressa inserita nella legge; è ben naturale scorgere nelle parole che seguono, e che indicano grammaticalmente una restrizione, qualche cosa che modifica la proposizione precedente. Si considererebbe di conseguenza il giuramento e la confessione come costituente un genere di pruova contraria eccezionale, che potrebbe essere ammessibile, quando gli altri non lo sarebbero. Non è forse, infatti, un principio che il giuramento giudiziale può essere deferito sopra qualunque specie di controversia (*ibidem*, articolo 1358-1312), che la confessione giudiziale fa piena fede contra colui che l'ha fatto (*ibidem*, articolo 1356-1310)? Questi due modi di pruova non traggono seco alcuna procedura complicata, e non offrono alcun pericolo pel convenuto, poichè mettono la sua causa nelle di lui proprie mani. Finalmente, per la stessa ragione, essi sono perfettamente concludenti. È dunque possibile che abbiasi voluto metterli a parte.

Non si pretende tuttavia, nel sistema da noi ammesso, che ogni presunzione legale, qualunque ne sia la natura, possa essere combattuta dalla confessione e dal giuramento. Quello che bisogna ricercare, si è se la legge, nel respingere la pruova contraria, ha voluto che la quistione non fosse neanco agitata, perchè così richiedeva l'ordine pubblico, il che avviene incontrastabilmente per l'autorità della cosa giudicata; ovvero se essa ha voluto solamente impedire che il risultato della lite possa contrariare l' applicazione di queste regole; il che ha luogo per le presunzioni di interposizione. Quale scopo si è voluto ottenere in quest'ultimo caso? Che non si possa eludere la proibi-

(1) Non si può parlare di giuramento suppletorio, al quale non si attribuisce la stessa presunzione di verità, perocchè esso non è altro che un mezzo di verificazione supplementario adoperato dal giudice, colla facoltà per lui di non subordinarvi la sua sentenza (num. 372 e 373).

Digitized by Google

zione di vantaggiare un incapace, sia; ma non si vede alcun motivo plausibile per impedire che la persona pretesa interposta possa stabilire che essa non lo sia realmente. Se il legislatore interdice in generale questa pruova, temendo che non sia essa medesima il prodotto della frode, un simil timore cessa di esser fondato quando la persona pretesa interposta interpella lo stesso erede che dimanda la nullità del lucro, e si rimette alla sua dichiarazione. Non è forse evidente che, quando l'erede ricusa di giurare che egli crede vera l'interposizione, questa dichiarazione implicita, così disinteressata da parte sua, è l'espressione della verità? Il legislatore non ha qui alcun interesse ad impedire la controversia, perciocchè non ne può mai risultare alcun attacco alle proibizioni da lui stabilite. Il giuramento deferito nelle prescrizioni brevi, nelle quali si nega l'azione in giudizio, non riposa sopra altra base. Non si è voluto rendere impossibile la pruova, come nelle prescrizioni ordinarie; si è solamente presunto il pagamento: ma è sempre permesso d'interpellare l'avversario sulla realtà del pagamento. Così Giustiniano (1) dice che i fedecommessi nulli nella forma non porteranno seco il rigetto assoluto della pretesa della parte che l'invoca, ma che potranno dar luogo a deferire il giuramento all'erede.

Questa teorica non è certamente

al covert
La distin
traggono
della pru
che non
risultato
brare sul
la nostra
modo ra
principal
altro mez
alla disp
lo 1332-

Presunzi

745 I
giornalie
vinità ne
giunta al
pruove
un temp
e la poli
inesistent
introdur
arbitrarie
pendere l'
dell'accu
746. I
zio di D
stensione
Dall'orie
passata
pronti
i ferri
di Sofoc

(1) Institut., § 12 *de fideic. haered.*

(*) Zachariae, § 750 adotta parimente l'opinione del Bonnier, ammettendo la confessione ed il giuramento, qualora si tratti di distruggere presunzioni stabilite esclusivamente in un interesse privato. Questa è pure l'opinione di Duranton, t. XIII, num. 414 e 415.

—Riguardo alla presunzione d'interposizione della persona, i signori Aubry e

Rau (*loco*
mento po
nante, e
tratta di
mi. Però
parla del
le non è
sonale a
è deferito
mero 415

di Polinice, verso 264, « a cammi-« nare sul fuoco ed a prendere gli « dei in testimonii che non avevamo « fatto questa cosa, che noi non e-« ravamo complici di colui che l'ha « meditato o che l'ha fatto.»

La severa ragione dei Romani sembra che li abbia preservato da siffatte superstizioni. Ritrovansi, egli è vero, in Roma, delle leggende, come quella della vestale che provò la sua castità, tirando pel suo cinto la nave che recava dall'Asia la statua della *buona dea*; ma non esiste a nostra notizia alcun fatto officialmente comprovato, che provi che i Romani abbiano mai fatto uso di pruove di questa natura nella pratica giudiziaria. Finalmente nel Basso Impero, per lo meno al tempo di Michele Comneno, la superstizione avea ripigliato l'impero suo, e la pruova del ferro rovente era in pieno vigore.

747. Le *ordalie* (dalla parola tedesca *urtheil*, sentenza) si moltiplicarono straordinariamente nel medio evo, sotto l'influenza delle idee germaniche. Sono note le pruove dell'acqua, del fuoco, del ferro rovente, ec. per mezzo delle quali ammettevansi gli accusati a giustificarsi dei misfatti più enormi. Nella maggior parte di tali ordalie, sembra che l'esito felice non avesse potuto verificarsi, e purnondimeno l'istoria ci attesta che molti accusati ne uscirono vittoriosi. Bisogna adunque, o credere a perpetui miracoli, ovvero ammettere che qualche pietoso inganno permettesse di sottrarsi ad un pericolo più grave in apparenza che in realtà [1]. Checchè ne sia, la pruova che sembra essersi conservata più a lungo si è quella del cataletto, del quale si rinvengono esempii sin nel secolo decimosesto. Quando non aveasi potuto scoprire l'autore di un omicidio, obbligavansi tutti coloro sui quali ne cadeva il sospetto a presentarsi a toccare il corpo della vittima, esposto sopra un cataletto. Se il cadavere era messo in contatto coll'omicida, doveva lasciar cadere qualche goccia di sangue. Questa pruova, che doveva operare vivamente sull'immaginazione, non era senza pericolo per l'innocenza. La cruentazione, che sembra essersi qualche volta verificata, può spiegarsi, quando la morte è ancora recente, da cause naturali, principalmente per l'azione dell'aria. Negli ultimi *tempi*, quando cominciarono a *concepirsi* dubii sull'origine del fenomeno, si diede alla pruova un degno compimento, la tortura preparatoria.

748. Quando i costumi dei conquistatori d'Europa si trasformarono in parte per l'influenza del cristianesimo e d'una vita più sedentaria, l'uso delle ordalie fu sottoposto a talune regole. Si stabilì per principio che non dovessero ammettersi se non in difetto, o di pruove ordinarie, o di *conjuratores* [2]. La Chiesa le sottoposè a forme solenni, e volle presiedervi essa stessa, perciocchè taluni membri del clero dividevano la superstizione popolare, mentre altri consideravano le ordalie come un possente mezzo d'influenza. Si fu questa la ragione per la quale Carlomagno prescrisse di non mettere in dubio i giudizii di Dio, *ut omnes iudicio Dei credant absque dubitatione* [3]. A misura che la Chiesa acquistava au-

(1) Sembra risultare da recenti scoverte che talune lavature di acqua d'alcool o di etere permettono di mettere la pelle umana in contatto coi metalli in fusione (Vedi la seduta dell'Accademia delle scienze del 7 maggio e del 26 ottobre 1849). Or, è noto che nel medio evo, Alberto il Grande ed un medico di Salerno, nominato Trotula, diedero delle ricette per sopportare senza pericolo la pruova del fuoco.

(2) Vedi il num. 377.

(3) Capitolo 1, anno 809, c. XX.

Digitized by Google

torità e che le procedure divenivano più regolari furono attaccate dall'autorità ecclesiastica, sino a che nel 1215, per gli sforzi di d'Innocenzo III, il Concilio Lateranense IV, vietò ai chierici di prestar il loro ministero ad atti di simil natura. In Francia, gli ultimi monumenti dell' uso giudiziario delle ordalie sono taluni arresti del parlamento di Parigi del 1 dicembre 1601 e del 10 agosto 1641, che annullarono talune sentenze, le quali aveano ordinato di sottoporsi alla pruova dell'acqua fredda alcune persone accusate di stregoneria.

749. Di tutte le istituzioni giudiziarie del medio evo, quella che ha lasciato più profonde tracce nei costumi dell'Europa moderna, poichè senza fallo il duello è da ciò derivato, si è il combattimento giudiziario. Per una singolare coincidenza dello spirito guerriero e dello spirito legista, questa pruova era stata rivestita delle forme le più regolari, ed il combattimento applicavasi sistematicamente a tutti gli stadii della procedura. Si combatteva coll'accusato, si combatteva coi giudici, quando eravi doglianza di *mancanza di dritto*; indi, se il giudice era stato vinto sul rescindente, bisognava battersi un' altra volta coll' avversario, sul rescissorio. Combattevasi sinanco coi testimonii. Costoro però potevano evitare d'impegnare le loro persone, facendo la seguente dichiarazione [1]: « Je ne me bée pas á combatre por « vostre querele, ne à entrer en plet « au mien, et se voy m'en volés def- « fendre, volontiers dirai me vérité. »

Il combattimento giudiziario fu nei primi tempi un progresso; esso diede regole fisse alle guerre private, le quali costituivano l' unico modo di amministrare la giustizia nelle foreste della Germania. Noi vedemmo [2] i Lombardi reclamarlo ad alta voce, per essere sostituito al giuramento, che era in certo modo la pruova dei vili. Montesquieu [3], giustifica questa istituzione d' una maniera molto ingegnosa:

« La pruova per mezzo del com- « battimento singolare aveva qual- « che ragione fondata sull'esperienza. « Presso una nazione esclusivamente « guerriera, la vigliaccheria suppone « altri vizii; essa prova che si è « fatta resistenza all' educazione ri- « ceruta, che non si è avuto il senti- « mento dell'onore, che non si sono « seguiti i principii che hanno go- « vernato gli altri uomini; essa fa « vedere che non si teme il loro « disprezzo, e che non si cura la « loro stima: chi è dotato di un'in- « dole non cattiva, non mancherà, « in una simile nazione, dell'accorgi- « mento che deve andar congiunto « colla forza, nè della forza che deve « concorrere col coraggio; perciocc- « che, tenendo in pregio l'onore, si « procurerà in tutto il tempo della « vita di far cose che possono con- « seguirlo. Inoltre, presso una na- « zione guerriera, ove la forza, il « coraggio ed il valore sono in onore, « i reati veramente odiosi sono quelli « che nascono dalla furberia, dalla « scaltezza e dall'inganno, val quanto « dire dalla vigliaccheria. »

Grozio, collocandosi sopra un altro punto di vista, levasi a difesa dei legislatori che credettero dover consagrare questa singolare istituzione:

« Spiace a taluni, dice egli [4],

(1) Beaumanoir, capo IV, § 16.
(2) Vedi il numero 361.
(3) Spirito delle leggi, libro XXVIII, capo XVII.
(4) Prolegom. ad Historiam Gothorum, pag. 67.

Digitized by Google

« che le quistioni dubie siano state « anticamente decise per mezzo del « duello. Ma quello che disse Solone « che egli non avea fatto le leggi « migliori in se stesse, ma le migliori « che gli Ateniesi avessero potuto « sopportare, lo si deve supporre « presso gli altri legislatori. Or, co« storo sono stati costretti a permette« re molte cattive cose, e spesso a « combattere il veleno col veleno. « E di vero, era un male minore il « combattere in duello, col pericolo « della vita di due uomini, princi« palmente dopo che erano stati se« riamente esortati a non tentare Id« dio contro le loro coscienza, e a « non farsene un inimico colle loro « armi, anzichè lasciar lottare fami« glie intiere e far nascere la guerra « civile.»

750. A differenza delle ordalie propriamente dette, le quali non erano usate che nelle materie criminali, il combattimento giudiziario applicavasi alla materie civili e sinanco alla soluzione di quistioni di dritto. Così, nella Germania, la quistione della rappresentazione nelle successioni: in Ispagna, quella della conservazione del rito mozarabico furono sottoposte all'esperimento del combattimento singolare. Contrario allo spirito del cristianesimo, il duello giudiziario fu attaccato dalla Chiesa molto prima e con molto maggiore energia delle ordalie, le quali non poggiavano sull'uso della forza materiale. Esso fu combattuto sin dal quinto secolo da Avito, vescovo di Vienna; nel nono, Agobardo, arcivescovo di Lione, dedicò a Luigi il Buono un libro speciale: « Adversus « legem Gondobaldi [1] et impia cer« tamina quae per eam geruntur.» Finalmente il terzo ed il quarto concilio Lateranense, nel 1179 e nel 1285, consacrarono solennemente la reprobazione della Chiesa. È noto che in Francia l'opera dell'abolizione del duello giudiziario, cominciata da San Luigi, fu condotta a termine nel secolo decimoquarto. In Inghilterra tale duello non disparve dalla legislazione che nel 1819.

Oggi che non può più esser quistione di far dipendere in tal modo la colpabilità o l'innocenza da circostanze che non hanno alcun rapporto, in sostanza, colla realtà del delitto, sembra che le presunzioni, in materia criminale, debbano essere abbandonate alla valutazione del giudice. Non v'ha cosa che più di siffatte presunzioni sembri opposta all' essenza della giustizia penale, la quale non deve colpire a caso ma con perfetta cognizione di causa. Eppure il dritto penale ha *le sue* speciali presunzioni, ed oltre a ciò, le presunzioni legali del dritto comune ricevono in esso la loro applicazione.

§ 1. *Presunzioni proprie del dritto penale.*

752. Spesso la legge penale dall'esistenza di taluni fatti, che rendono verosimile l'esistenza del delitto conchiude *a priori* all'esistenza del delitto stesso. Ma la legittimità d'una presunzione così grave è sottoposta a due condizioni: 1° che il fatto comprovato tragga seco certezza morale del fatto incriminato dalla legge; 2° che il fatto comprovato sia esso stesso imputabile.

Queste due condizioni trovansi riunite nel caso preveduto dall'articolo

(1) È provato oggi che la legge di Gondebaud, re dei Burgundii, ha, non introdotto, come credeva Montesquieu, ma solamente esteso l'uso del combattimento giudiziario.

61 [*sopp.*] del codice penale, il quale punisce come complici dei malfattori che esercitano violenze contro la pace pubblica, coloro i quali, conoscendo la loro criminosa condotta, apprestano ai medesimi abituale ricovero. Il fatto di alloggiare abitualmente malfattori rende eminentemente verosimile una colpevole associazione. Questo fatto è perfettamente imputabile; la legge, nel punirlo, non fa se non aggravare la penalità di un atto già per se stesso riprensibile. Havvi forse in ciò del rigore, ma non iniquità. Nello stesso modo può giustificarsi la disposizione della legge del 21 brumale anno V [titolo III, articolo 2], che reputa colpevole di tradimento qualunque militare il quale, in presenza dell'inimico, abbia messo delle grida tendenti a spargere lo spavento ed il disordine nelle file. La verosimiglianza di un'intelligenza criminosa col nemico giustifica l'applicazione della pena capitale ad un fatto il quale per se stesso è già di un'estrema gravità.

753. Riesce più difficile giustificare la presunzione legale d'infanticidio stabilita dall'antico nostro dritto pel solo fatto dell'occultazione della gravidanza. Un editto di Enrico II, di febrajo 1556, rinnovato dalle ordinanze posteriori e pubblicato ad ogni tre mesi nei pulpiti delle parrocchie, reputava avere ucciso il proprio figlio e puniva di morte « qualunque donna che si trovasse convinta d'avere occultato, coverto e celato tanto la sua gravidanza che il suo parto . . . . . e che in prosieguo si trovasse essere stato il figlio privato di battesimo e di sepoltura. » Questa presunzione d'infanticidio, annessa ad una semplice omessione, che spesso era scusata dal pudore, è stata fortunatamente abolita dalle nostre leggi moderne.

754. Vi sarebbe, a ragion più forte, flagrante ingiustizia a reputare complice d'un furto colui presso del quale siasi trovato l'oggetto rubato, come praticavasi in Roma per la riparazione civile del delitto. Presumere la colpabilità, per ragione di circostanze che possono esser solamente fortuite, è un sistema materiale, appartenente all'infanzia del dritto penale. Le nostre leggi seguono nondimeno tuttora questo sistema, quando esse puniscono severamente il mendicante o vagabondo, il quale, latore di effetti d'un valore superiore a cento franchi, non può giustificarne la provenienza, [codice penale articolo 578 (*)]; ma questa è una disposizione eccezionale, la quale non trova la sua spiegazione che nel disfavore dell'incolpato.

755. La presunzione può anche cadere sull'intenzione criminale, supponendo provato tutto quello che costituisce l'infrazione, salvo quest'elemento essenziale della colpabilità. Questo avviene quando il reato non è moralmente suscettibile di ricevere due interpretazioni. Così, colui che consegna una fortezza all'inimico, ovvero colui che sostituisce *dieci mila franchi a mille franchi* in un biglietto del quale è latore, avrebbe un bel dire se invitasse l'accusa a provargli che egli ha operato con intenzione criminosa. *Res ipsa in se dolum habet*, dicevano gli antichi criminalisti: i fatti parlano da se stessi.

(*) L'articolo 303 delle nostre leggi penali suppone l'intenzione criminosa nel vagabondo o improbo mendico che sarà stato sorpreso con un'arme propria qualunque, o travestito in qualunque modo, o provveduto di lime, grimaldelli, o altri strumenti atti a commettere furti e reati, ovvero a procurare i mezzi da penetrar nelle case senza l'intelligenza del padrone. — *Il Traduttore.*

Digitized by Google

Quando siano stati commessi liberamente, essi suppongono necessariamente una colpevole intenzione, salvo il caso di pazzia, che dovrebbesi dimostrare [1]. Se, all'incontro, il fatto non è di tal natura da implicare necessariamente questa intenzione, allora si dovrà provare che sia stato commesso scientemente. Così, un farmacista che abbia apprestato una sostanza velenosa, dall'uso della quale sia risultato un veneficio, non si presumerà avere agito con cognizione di causa.

756. Sonovi dunque due applicazioni speciali molto legittime di presunzioni legali alle materie criminali. La prima ha luogo, quando si presume l'esistenza del fattto illecito, per ragion della comprovazione di un altro fatto, che lo rende probabilissimo; ma allora è d'uopo, in generale, che il secondo fatto sia per se stesso imputabile. La seconda ha luogo quando si presume l'intenzione per ragione della natura dell'atto, il quale sarebbe inesplicabile, se non avesse uno scopo criminoso. Questa seconda specie di presunzione è talmente conforme alla ragione che la convinzione morale e la pruova legale vi si trovano in una perfetta armonia. Non avviene sempre lo stesso della prima; ma la legge è imperativa, e bisogna sottomettervisi.

§ 2. *Presunzioni del dritto comune.*

757. Quando la legge civile conchiude da taluni punti noti, all'esistenza di altri punti che sono ignoti, per esempio, dal fatto che il figlio è stato concepito durante il matrimonio, alla paternità del marito; ovvero, in senso inverso, quando essa presuppone la non esistenza di taluni fatti, proibendo di farne la pruova, come avviene per la paternità naturale, e per la filiazione incestuosa o adulterina; queste disposizioni eccezionali debbono esse, in tutti i casi, essere applicate innanzi le giurisdizioni criminali?

In favore dell'affermativa può invocarsi il principio, costante oggi nella giurisprudenza della corte di cassazione, ed altronde perfettamente ragionevole, che le regole sulla pruova debbono essere dovunque le stesse. Così la pruova testimoniale non è ammessibile dinanzi un tribunale correzionale, come non lo sarebbe dinanzi un tribunale civile, quando trattasi di comprovare un deposito o un mandato relativo ad un valore superiore a centocinquanta franchi. Di conseguenza, si dirà, quando il legislatore, spinto da motivi di un ordine superiore, ci ordina di credere taluni fatti, e ci vieta di ricercarne altri, egli non ha di mira una *data* applicazione particolare, *ma le* discussioni giudiziarie in generale.

Noi siamo lontani dall'impugnare il principio che le regole della legge civile sulla pruova sono comuni a tutte le giurisdizioni, ed è anzi in forza di questi stessi principii che noi abbiamo pur ora riconosciuto, in materia penale, la fede che si attribuisce alle scritture in buona forma. Ma, bisogna convenirne, le presunzioni legali, riposando sopra una supposizione fatta *a priori*, sono sempre più o meno arbitrarie, e non fanno nascere nella mente del giudice la stessa convinzione delle pruove propriamente dette. Or, può mai il giudice contentarsi nel criminale di una convinzione imperfetta, poggiata sopra considerazioni generali, e non sulle circostanze della causa, per lo meno quando trattasi di profferire condanna? Di conseguenza una distinzione non si rende forse necessaria?

(1) Rossi, *dritto penale*, capo XXIV.

Digitized by Google

Quando la presunzione legale sarà favorevole all'imputato, quando, per esempio, una ricerca proibita dalla legge civile tenderà a fargli incorrere una pena più rigorosa, come se si volesse stabilire che colui che ha commesso un semplice omicidio, era figlio naturale dell'ucciso, onde far profferire contro di lui la pena del parricidio, invece dei lavori forzati a vita (codice penale, articoli 299, 302 e 304), nessun dubio che una simile pretesa debba essere respinta. Non possiamo allontanarci dalla via ordinaria per creare in qualche modo arbitrariamente dei misfatti e dei colpevoli, nè possiamo darci ad investigazioni, delle quali il legislatore, a dritto o a torto, suppone che l'incertezza uguagli lo scandalo.

Ma le cose si presentano sotto tutt'altro aspetto, quando la presunzione legale milita contro l' accusato, e l'istruzione rivela delle circostanze tali da fare moralmente svanire questa presunzione, sebbene il caso non sia di quelli in cui la pruova contraria è ammessa. Così, suppongasi che l'omicidio del quale trattasi sia stato commesso sulla persona del marito della madre dell'accusato, che presumesi di lui padre in forza dell'articolo 312-234 del codice civile. Egli può non trovarsi in alcuno dei casi d' impugnazione di legittimità, egli non ha qualità per attaccare da se stesso la sua legittimità: finalmente i termini saranno quasi sempre spirati: ma la condotta e la posizione della madre non possono forse essere tali da rendere moralmente certo che il figlio non appartenga al marito? Non è forse possibile che la causa stessa dell'odio tra il figlio ed il padre suo putativo tragga origine dalla notorietà di una filiazione adulterina? In una legislazione la quale, come la nostra, rende l'impugnazione di legittimità molto difficile, il vizio di

adulterinità
evidente, se
provarlo. M
desiderio fo
sicurare il r
soffocare lo
tare delle d
ve in fatto
timità, bis
sportare ci
nelle quisti
un parricid
nare per un
delle pruov
aveano di

Noi opini
avventata p
nostra, e
dovrassi ap
riserbatezza
quando l'es
menti del
sopra di ess
contro l' a
assolute, e
essere amm
bili causa,
contraria. A
distruggere
zione della
nascere de
gravi da re
sibile la co
venire, egli
mo allonta
estremi dal
armonia la
minale sotto
ma, per qu
sto disacco
deplorabile
forza di un

S

Autorità

758. Una
è il princ

Digitized by Google

giurisprudenza, si è quella che fa considerare i giudicati come la verità stessa, quando tutte le vie di ricorso per impugnarlo siano state esaurite. Il più bell' omaggio che siasi mai reso a questa regola salutare, si è la morte di Socrate, il quale amò meglio sottoporsi ad un' ingiusta condanna, anzichè dare il funesto esempio della disobbedienza alle leggi del proprio paese.

L' espressione di *cosa giudicata* ha qui un senso più esteso di quello che le si attribuisce in procedura, quando si dice che una decisione è passata in cosa giudicata. Vuolsi solamente dire allora che questa decisione non è più suscettibile di ricorso per le vie ordinarie, e che di conseguenza la parte contraria non ha più alcun mezzo ond'arrestarne l'esecuzione (1). Ma, per quanto concerne la presunzione di verità d'un giudicato, è ben chiaro che questa presunzione non è invincibile se non quando non esista più alcun mezzo di ricorso, tanto ordinario, che estraordinario, del quale si possa far uso per attaccarlo. Certamente una sentenza, anche capace d'opposizione o d'appello, ha l'autorità della cosa giudicata nel senso che non è lecito impugnarla altrimenti che per le vie legali. Nondimeno, in questa ipotesi, non havvi *res judicata* d'una maniera assoluta, perciocchè non vi ha *finis controversiarum* (2) (*).

Questa importante presunzione si lega al fondo del dritto non meno che alla pruova, e quindi le regole sull'effetto delle sentenze, cioè sulle persone e sugli oggetti ai quali essa si applica, poggiano sulle stesse basi delle regole sull'effetto delle convenzioni. Lo si è sovente ripetuto con ragione, *judiciis contrahimus* (3). I limiti ed il piano di quest'opera *non* permettono se non una *esposizione*

(1) Vedi nondimeno il codice di procedura, art. 478.

(2) Modestino, legge, 1, dig. *de re judicata*.

(*) La cosa giudicata non risulta che dalle sentenze diffinitive. Merlin, *Repertorio* v. *Interlocutoria*, num. 2; v. *Pruova*, sezione II, § 3, art. 2, num. 32; *Quistioni*, v. *cosa giudicata*, § 2; Toullier, t. X, num. 116, 117 e 118; Duranton, t. XIII, num. 453; Zachariae, § 769, 1; cass. 12 germile, anno IX, 15 giugno 1831, 18 aprile 1832, 13 marzo 1833.

— La cosa giudicata non risulta dalle considerazioni, ma soltanto dal dispositivo della sentenza. E però, sebbene le considerazioni esprimano relativamente ad un punto qualunque della contestazione, una opinione esplicita e formale, pure non vi ha cosa giudicata su questo punto, se non in quanto una disposizione della sentenza ne abbia pronunziato l'ammessione o il rigetto. Zachariae, *loc. cit.*; cassazione, 5 giugno 1821, 25 agosto 1829, 21 dicembre 1830, 26 luglio e 30 agosto 1832, 26 gennajo 1838, 23 luglio 1839 e 8 giugno 1842; Besancon, 7 marzo 1827; Bordeaux, 31 marzo 1838; Bourges, 23 agosto 1832, Aix, 1 marzo 1839; Limoges, 18 marzo 1837; Lione 13 luglio 1849; cassazione, 27 agosto 1850; Corte suprema di Napoli, 27 aprile 1847, nella causa Addrizza e Meralle (Gazzetta dei tribunali, num. 233, pag. 177), e 31 agosto 1847 (num. 272, pag. 510).

— Non può elevarsi a mezzo di annullamento l'eccezione della cosa giudicata quando non è stata dedotta innanzi ai giudici di merito. — Corte suprema di Napoli, arresto nella causa tra il Monte della Misericordia e Filangeri (Gazzetta dei tribunali, n. 586, p. 521), e 22 gennajo 1847, nella causa Castorani e Marcozzi *ibid.* n. 194, p. 73) — *Il Traduttore*.

(3) *Iudicio contrahere* intendesi in dritto romano, non relativamente alla sentenza del giudice, ma per la specie di convenzione che si opera per la *litis contestatio*, d'onde l'istanza, *iudicium*. Nondimeno l'idea è in sostanza l'istessa, perocchè la sentenza è il compimento dell'istanza, e trae tutta la sua forza dalla *deductio rei in judicium*.

Digitized by Google

succinta delle teoriche sulla cosa giudicata, che formerebbe da se sola la materia di un volume.

759. Noi ci occuperemo, secondo il nostro sistema, prima della giurisdizione civile, indi di quella criminale; porrem termine colla disamina dell'influenza che possono esercitare le decisioni civili su quelle criminali, e reciprocamente.

Prima divisione.

Cosa giudicata nel civile.

760. La finzione necessaria alla conservazione dell'ordine sociale che fa considerare la cosa giudicata come verità, non è legittima se non a condizione di non oltrepassare mai i limiti della quistione stabilita dal giudice. Al di là, non havvi più l'autorità della cosa giudicata, per la semplicissima ragione che non havvi più decisione. « L'autorità della cosa « giudicata, dice l'articolo 1351-1305, « non ha luogo se non relativamente « a ciò che ha formato l'oggetto della « sentenza. È necessario che la cosa « domandata sia la stessa; che la do« manda sia fondata sulla medesima « causa; che la domanda sia tra le « medesime parti, e proposta da esse « e contro di esse nella medesima qua« lità. »

761. La saggezza dei giureconsulti romani avea determinato da molto tempo gli elementi ai quali debbesi stare, quando vogliasi comparare la quistione che si agita attualmente con una quistione già risoluta da una decisione inattaccabile.

« Quum quaeritur (1) haec excep« tio (2) noceat necne, inspiciendum « est an idem corpus sit, quantitas ea« dem, idem jus; et an eadem causa « petendi, et eadem conditio persona« rum; quae nisi omnia concurrunt, « alia res est. » Il che riassumesi da Nerazio sotto questi tre capi, *Personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis*. Queste regole sono per se stesse incotrastabili, perocchè esse non sono che l'espressione della ragione universale. Ma la loro applicazione fa nascere talvolta delle difficoltà molto gravi. Noi riprenderemo successivamente le condizioni essenziali onde la cosa giudicata sia applicabile:

1° L'identità della cosa domandata;

2° L'identità della causa della domanda;

3° L'identità delle parti, e delle qualità delle parti.

§ 1. *Identità della cosa domandata.*

762. È rilevante non confondere, come si fa troppo sovente, l'identità della cosa domandata coll'identità della causa della domanda. Non v'ha cosa che mi vieti di chiedere successivamente lo stesso aggetto, prima in forza di una donazione, indi in virtù di una vendita, poscia in virtù di un testamento, ec. senza che il rigetto di una di queste dimande possa

(1) Legge 12, 13 e 14, dig. *de except. rei judicatae*.

(2) Nel digesto, il mezzo che il convenuto trae dalla cosa giudicata, non si presenta se non come un'eccezione; mentre nell'antico dritto taluni *iudicia legitima* distruggevano direttamente l'azione (Gajus, comm. IV, § 107). Ma non esisti più *judicia legitima* ai tempi di Giustiniano, essendosi generalizzata la procedura provinciale; quindi i compilatori non ammisero che un'eccezione *rei judicatae*. Sarebbe stato molto più semplice, all'incontro, far sempre produrre alla cosa giudicata un effetto diretto; ed è ben questo quello che noi dobbiamo ammettere oggi, sebbene molti scrittori ripetano ancora, senza rendersene conto, la vecchia espressione di *eccezione* della cosa giudicata.

Digitized by Google

per nulla pregiudicare l'esito delle altre. Noi dobbiamo, di conseguenza, rettificare un'inesattezza che ci era sfuggita nella prima edizione di quest'opera, al num. 685, ove citavamo come relativo all'identità d'oggetto un arresto di cassazione del 14 febrajo 1831. Quest'arresto decise, egli è vero, che si può, dopo aver succombuto nella domanda di un dritto di proprietà esclusivo, reclamare sullo stesso fondo un dritto di proprietà comune ed indiviso; ma ciò avvenne perchè quest'ultimo dritto, come lo si può facilmente supporre, era fondato, nella specie, sopra un titolo diverso da quello del dritto primitivamente reclamato. L'arresto del 1831 è quindi estraneo alla quistione dell'identità dell'oggetto. Per non uscire dall'argomento di questo paragrafo, noi dobbiamo sempre collocarci nell'ipotesi che il dubio cada sull'identità di oggetto, restando sempre la stessa la causa della domanda.

763. Questa identità può essere fisica o puramente morale. Nel primo caso, non havvi alcuna rilevante difficoltà. Bisogna solamente osservare, coi giureconsulti romani, che l'identità della cosa non deve prendersi troppo letteralmente. I cambiamenti o diminuzioni che si avverano in un gregge, per esempio, non ne cambiano la sostanza, e non permettono che s'intenti un'azione novella da colui che succombette in una domanda di rivendicazione (1).

La parte è, del resto, contenuta nel tutto. Così, non mi sarà lecito, nella stessa specie, rivendicare un capo di questo gregge, quando io lo reclami come proprietario del gregge (in caso diverso non vi sarebbe più identità di causa). E poco importa che l'animale da me oggi preteso, non abbia potuto essere materialmente oggetto della mia prima domanda, perchè non era nato; esso vi era virtualmente compreso. E di vero, è impossibile reclamare, senza violare la cosa giudicata, i frutti che provengono ulteriormente da un oggetto, al quale è legalmente certo che io non ho alcun dritto(2)[*].

764. La difficoltà è maggiore quando la relazione del tutto alla parte non è materiale, ma solamente morale, come quando si tratta di uno smembramento della proprietà. Bisogna allora distinguere se la rivendicazione di un dritto meno esteso per parte di colui che è rimasto perditore nel reclamo dell'intera proprietà, non fa che riprodurre lo stesso reclamo sotto un'altra forma, o costituisce una pretesa tutta nuova. Così, dopo essere stato respinto nella rivendicazione di un immobile, io non posso rivendicare il godimento di questo stesso immobile, se lo reclamo come parte integrante del dritto di proprietà, il che dai commentatori è stato chiamato l'usufrutto *causale*[**]. Ma io sarò ammesso a rivendicare l'usufrutto *formale*, senza che mi si possa opporre quello che si è deciso sulla proprietà: sebbene l'usufrutto costituisca in teoria uno smembramento della proprietà, non havvi alcuna contradizione nella pratica a riconoscere che un dato titolo non mi ha conferito la proprietà, ed a sostenere nello stesso tempo che mi

(1) Pomp. leg. 21, § 1, dig. h. t.
(2) Ulpiano, legge 7, § 1, dig. h. t.
(*) Pothier, *Trattato delle obbligazioni*, num. 690; Toullier, tomo X, n. 45; Proudhon, *Trattato dell'usufrutto*, tomo III, num. 1271; Duranton, t. XIII, num. 462; Zachariae, § 769, 3.—*Il Traduttore.*
(**) Toullier, tomo X, num. 153; Duranton, tomo XIII, num. 469; Proudhon, e Zachariae, *op.* e *loc. cit.*—*Il Traduttore.*

ha conferito un dritto di usufrutto (1) [*]. Altro è il reclamo parziale di un dritto già reclamato in totalità; altro il reclamo di un dritto distinto, sebbene compreso, *in abstracto*, nel primo. Così un arresto di rigetto del 30 marzo 1837 decise che la perdita della domanda del proprietario di un fondo onde liberarsi da una servitù *non aedificandi*, non impediva che questo proprietario avesse potuto in appresso reclamare con una domanda speciale il dritto di trar profitto dal suo muro di cinta, dando allo stesso della profondità ed aprendo delle botteghe sulla pubblica via: « Attesocchè, in dritto, non havvi « cosa giudicata quando la domanda « sulla quale ha statuito il secondo « arresto non è la stessa di quella « giudicata dal primo; che la do« manda generale colla quale si re« clama un dritto assoluto e senza « limiti, è affatto diversa dalla do« manda speciale colla quale si re« clama un dritto determinato di« stinto dal primo, e del quale non « si è per nulla trattato in occasione « della prima decisione; che, final« mente, la disposizione generale « dell'arresto che rigetta la domanda « generale, non rigetta per nulla la « domanda speciale, relativamente « alla quale le parti non hanno fatto « reclamo di sorta; *sententia genera« lis lata super petitione generali re« stringitur ope replicationis ad pro« secuta tantum* (2). »

765. Conchiuderemo forse da questo che la massima *pars in toto est* non sia vera in giurisprudenza, come essa lo è in geometria, e che Ulpiano ebbe torto nel volerne fare l'applicazione in materia di cosa giudicata (3)? Sarebbe molto strano, bisogna convenirne; perciocchè, quando si tratta di oggetti materiali non v'ha chi possa contrastarmi che mi è impossibile reclamare una parte dopo di essere rimasto succombente nella domanda della totalità. In sostanza la regola è la stessa dovunque, ed Ulpiano ha ragione di dire (4): « Nec interest utrum in cor« pore hoc quaeratur, aut in quan« titate vel in jure. » Se la mia domanda è stata respinta quando un biglietto portava un credito di ventimila franchi a mio vantaggio, potrò io riprodurre lo stesso biglietto riducendo la mia pretesa a diecimila franchi? Parimente, se io sono rimasto interamente perditore nel reclamare la piena proprietà di un fondo, mi sarà forse lecito, dopo aver donato ad un terzo l'usufrutto di tutti i miei beni, reclamare la nuda proprietà di questo stesso fondo? Nello stesso modo io non avrei dritto a presentare come un procedimento novello la rivendicazione *ex eadem causa* d'una parte materiale dello stesso fondo. Che se avviene altrimenti quando io reclamo un dritto distinto, come un usufrutto o una servitù, dopo essere rimasto succombente relativamente alla nuda proprietà, ciò non è già perchè la massima *pars in toto est* possa

(1) Vedi Pomponio, legge 21, § 3 dig. *de exceptione rei judicatae*.

(*) *Unif.*: le autorità citate nella nota precedente.—*Il Traduttore*.

(2) Questa massima è tratta dalla Glossa (ad leg. 2, cod. *de judic.*) Il relatore, signor Lasagni, cita ugualmente in sostegno della teorica dell'arresto quel passo delle pandette di Pothier (tit. *de except. rei jud.* § 5): « Quod hic dicitur de tignis « domus, tabulis navis, capitibus gregis, « ita limitandum est, si tamquam partes « ejus rei quae petita fuerit petantur: alio« quin recte peti possunt. »

(3) Legge 7, pr. dig. *de except. rei judicatae*.

(4) *Loco citato*.

Digitized by Google

essere meno certa dell' assioma *due e due fanno quattro*; ciò avviene perchè io non reclamo il dritto d usufrutto o di servitù come una part integrante del dritto di proprietà, perchè io mi trovo in tal guisa coll cato fuori dell' applicazione de' massima [*].

Lo stesso avviene, come l'har fatto rilevare i giureconsulti ro ni, relativamente alle parti mate di un oggetto. Può avvenire ch sentenza resa relativamente all getto totale, lasci intatta la quis della proprietà delle parti. « I « insulam petit, dice Ulpiano « si caementa, vel tigna, vel « aliud suum petat, in ea conc « est ut videatur aliud pete « enim, cujus insula est, non « et caementa sunt (2). » I materia, quello che bisogna nare, si è, come diceva Pot se quello che è domandato vo, *tamquam pars ejus rei tita fuit petatur*. Allora s si può applicare la massi *in toto est*; ma, non perc chi commentatori modern palmente Toullier, si so ingannati relativamente a zione di questa massim rivocare in dubio una elementare.

766. Come corollario

(*) Chi contradice la contradice gli accessorii; cuno sia stato condanna somma insieme cogl'inter dalla sentenza di condan degl'interessi, non può d sto vi sia cosa giudicata *dicata dicitur quae finem pronuntiatione judicis* colui che contradice l contradice gli accessor *causa non consistit locum non habent*. Co poli, 3 febrajo 1846,

Digitized by Google

l'usufrutto formale dopo avere invano rivendicato la proprietà: come poteva rivendicare i materiali isolatamente presi, dopo avere inutilmente rivendicato l'edificio considerato nel suo tutto; supponendo il caso inverso, mi sarà perfettamente lecito presentare come una domanda nuova la rivendicazione della proprietà, ovvero quella dell'edificio.

Nella seconda ipotesi, egli è vero che la sentenza relativa ad una parte lascia intatto il reclamo del tutto, nel senso che è sempre permesso reclamare il tutto, meno la parte compresa nella prima lite. Così, quando si è deciso che io non sono proprietario di un pezzo di terra formante parte di un fondo, io posso ancora vantar pretese sulla proprietà del fondo, meno questo pezzo di terra. Anche questa è una verità matematica, poichè la sottrazione di una quantità compresa in una somma maggiore lascia necessariamente intatto tutto quello che eccede questa quantità. Bisogna nondimeno supporre che le conclusioni spiegate nella prima causa siano state esclusivamente relative alla proprietà del pezzo di terra, e non a quella dell'intera tenuta; in caso diverso, noi ricadremmo nell'ipotesi seguente.

In questa terza ipotesi, che di frequente può presentarsi, havvi cosa giudicata pel tutto, perciocchè la decisione relativa alla parte ha un carattere pregiudiziale. Così, dopo avere reclamato diecimila franchi in forza di un biglietto, io non potrò in forza dello stesso biglietto reclamarne ventimila, o benanco i diecimila franchi di più; perciocchè ricusando di riconoscermi creditore di diecimila franchi, i primi giudici

hanno
conosce
franchi
rattere
tenze fu
sulti ro
male a
rale: *to*
la speci
cano (1)
« aedes
« usque
« lere; e
« dubio
« ugam,
« decem
« ceptio
« jure l
« inferic
767.
sessorio
mente a
mente
causa. I
dicata n
nel peti
versa,
possesso
ticolo 2
chè la
potuto
nale civ
io abbia
possesso
merito,
ammess

§ 2.

768.
camente
già succ
possa o
quando,
non è p

(1) Legge 26, dig. *de exceptione rei judicatae.*

(2) Ulp
quir. pos

Digitized by Google

fatti i titoli che possono giustificare un dritto di proprietà o di credito, e quindi dall'essere un solo di essi sfornito di base, non se ne può conchiudere lo stesso per tutti gli altri. Tuttavolta, nella procedura romana, bisognava distinguere, sotto questo punto di vista, le azioni reali da quelle personali. Quegli che aveva intentato un'azione reale senza fare alcuna restrizione (*si paret hanc rem ex jure quiritium Auli Agerii esse*), se intentava in prosieguo la stessa domanda con un altro titolo, era respinto, perchè si era deciso d'una maniera assoluta, che la cosa non gli apparteneva. Non si correva lo stesso rischio nelle azioni personali. Potendo la stessa cosa essere dovuta più volte dalla stessa persona per cause diverse, il rigetto della pretesa dell'attore, quando trattavasi di un credito, non produceva se non un effetto relativo: « Actiones in personam, dice Paolo (1), « ab actionibus in rem in hoc differunt: quod, quum eadem res « ab eodem mihi debeatur, singu- « las obligationes singulae causae « sequuntur, nec ulla earum alte- « rius petitione vitiatur. At quum « in rem ago non expressa causa, « ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehen- « duntur. Neque enim amplius quam « semel res mea esse potest; saepius « autem deberi potest. »

La stessa difficoltà non può più sorgere oggi, perciocchè l'articolo 61-153 del codice di procedura prescrive che la citazione contenga la esposizione sommaria dei motivi, e quindi la natura della causa allegata trovasi sempre designata sin dal principio della procedura. Ma, quand'anche i mezzi non fossero stati indicati in principio, e la nullità fosse stata coverta, per non essere stata proposta *in limine litis*, sarebbe sufficiente che i mezzi si rilevassero dalla sentenza messa in rapporto colle conclusioni, perchè si potesse apprezzare posteriormente quale erasi la pretesa dell'attore. L'opinione che lo volesse considerare come decaduto da ogni dritto alla proprietà, sotto qualsiasi titolo, per essersi egli dichiarato proprietario, senza enunciare sin dal principio il titolo speciale che dovea far valere, sarebbe oggi respinta come una mera sottigliezza.

769. La causa della quale intende qui parlare la legge, non è la base generale dell'azione, per *esempio*, se la contesa versa sopra *un testamento*, la nullità di questo testamento, il che si confonderebbe coll'oggetto, ma bensì la causa speciale sulla quale si fonda l'azione di nullità, l'incapacità del testatore, il vizio di forma, ec. Così, la corte di Pau decise, li 19 marzo 1834, che colui che aveva inutilmente impugnato un testamento fatto da un francese naturalizzato senza autorizzazione, invocando la confisca pronunziata dal decreto del 1811, era ammessibile ad attaccare questo testamento, come fatto da una persona spogliata, in forza di questo stesso decreto, della facoltà di testare (2).

Ma non bisogna spingersi troppo innanzi in questa via e confondere colla causa della domanda i mezzi adoperati per giustificare l'esistenza di questa causa: se ciò non fosse, le liti si moltiplicherebbero all'infinito. Sarebbe intollerabile, per esempio, che chi domandasse la rescissione per difetto di consenso, potesse intentare una prima lite al-

(1) Legge 14, § 2, dig. *de exceptione rei judicatae.*

(2) Vedi parimente un arresto di rigetto delli 8 maggio 1839.

Digitized by Google

legando l'errore, una seconda invocando la violenza, una terza invocando il dolo! Tutti questi mezzi rientrano in unica categoria, la mancanza di consenso regolare, il quale è, secondo la dottrina di Nerazio, *causa proxima actionis* (1), per opposizione ai diversi mezzi di dettaglio, l'errore, la violenza, il dolo, che gl' interpreti hanno chiamato *causae remotae*. Di conseguenza, debbo essere dichiarato inammessibile se, dopo essere rimasto succombente nella domanda di nullità di un atto notarile, poggiata sulla minore età di un testimonio, io domando di nuovo la nullità perchè uno dei testimonii non era francese (2). La causa della mia domanda non era un vizio di forma speciale, ma un'irregolarità relativa alla mancanza di forme: spettava a me studiare il testamento sotto tutti gli aspetti. La giurisprudenza trovasi collocata qui tra due scogli: non bisogna nè attenersi alla base generale della domanda, in modo da confondere l'identità d'oggetto coll' identità di causa, e da ricadere nel sistema del dritto romano nel caso d'azione reale intentata *non adjecta causa* (3): il che darebbe una estenzione irragionevole all'autorità della cosa giudicata; nè considerare come tante cause diverse i mezzi di dettaglio che possono essere adoperati in sostegno delle conclusioni: il che tenderebbe a moltiplicare indefinitamente le liti.

771. A ragion più forte non si deve esitare a respingere una domanda novella, quando essa ha per iscopo di ristabilire identicamente la stessa cosa, adoperando nuove pruove, quand'anche fossero dei titoli di recente scoperti, salvo, in quest'ultimo caso, il ricorso per ritrattazione di sentenza, quando vi fosse stato dolo da parte dell' avversario [codice di procedura articolo 480, 4°-544, 10°]. Così, un arresto di rigetto del 14 febrajo 1839 non permette di articolare novelli fatti per provare la frode dell' avversario, quando la quistione di frode sia già stata negativamente risoluta.

772. Come la diversità delle pruove o dei mezzi allegati non trae seco diversità di causa, così bisogna riconoscere che non si può intentare un'azione nuova quando tende allo stesso scopo. I giureconsulti romani, i quali attribuivano per altro tanta importanza alla distinzione delle azioni, riconobbero bene che in simili casi bisogna appigliarsi alla sostanza delle cose anzichè alla forma. « De eadem re agere videtur, dice « Ulpiano (4), et qui non eadem « actione agat, qua ab initio agebat: « sed etiam si alia experiatur, de ea« dem tamen re. Ut puta, si quis « mandati acturus, quum ei adver« sarius judicio sistendi causa pro« misisset, propter eamdem rem aget » negotiorum gestorum, vel condi« cat, de eadem re agit. » Nello stesso modo un arresto della corte di Parigi, del 17 gennajo 1822, respinse la pretesa dell' erede di sangue il quale, dopo essere rimasto succombente in una inscrizione in falso contro un testamento olografo, arguiva di nullità questo stesso testamento, perchè non era per intero scritto dalla mano del defunto.

Non bisogna però conchiudere da

(1) Legge 27, dig. *de exceptione rei judicatae*.

(2) Vedi un arresto di rigetto del 3 febrajo 1818.

(3) Vedi il num. 766.

(4) Legge 5, dig. *ibidem*.

Digitized by Google

questo che debbasi ammettere oggi in tutta l'estenzione sua l'antica massima: *electa una via, non datur regressus ad alteram*. Avviene questo, certamente, quando le due azioni sono poggiate sulla stessa causa: ma non v'ha cosa che mi vieti di giungere per altra via allo stesso risultamento, quando io mi fondo sopra una causa affatto diversa. Così un arresto di cassazione del 5 aprile 1831 decise che non si può rigettare *de plano* la domanda per collocazione di un creditore, il quale, dopo essere rimasto perditore nell'invocare nella graduazione la sua propria ipoteca, si presenta nuovamente invocando l'ipoteca di un terzo, alla quale sostiene di essere surrogato.

§ 3. *Identità delle parti e delle qualità.*

773. Nulla di più ragionevole del principio stabilito da Paolo, in quel testo divenuto celebre (1): « Res inter alios judicata aliis prodesse aut « nocere non solet. »

L'applicazione di questo principio non dà luogo ad alcuna difficoltà, quando si tratta d'una persona completamente estranea a quella contro la quale la sentenza si è profferita. E quand'anche la persona fisica che litiga è la stessa, se la qualità è cambiata, come se io reclamo nel mio nome proprio quello che aveva inutilmente reclamato a nome del mio pupillo, è evidente che io sono una parte nuova, e che non mi si può opporre quello che si decise contro di me quando io non agiva che come rappresentante di un altro. La quistione vera non sorgerà se non quando si pretenderà che quegli al quale si oppone la prima sentenza, e che non figura avervi preso parte, vi si trovava implicitamente parte, come avente causa di quelli che sono rimasti succombenti; o, in senso inverso, quando quegli che invoca una sentenza che non è profferita in suo favore, si presenterà come l'avente causa dell'attore che ha trionfato.

774. Il rappresentato può incontrastabilmente invocare le sentenze profferite contro il suo rappresentante, per esempio, contro un mandatario, sia qualunque il mandato, convenzionale o legale, come sarebbe quello di un tutore o di un altro amministratore. Si è questo il motivo pel quale possono attivamente e passivamente applicarsi ai successori a titolo universale le sentenze profferite contro l'autore loro.

775. Per quanto concerne i successori a titolo particolare, essi non possono invocare e non si può invocare contro di loro se non quello che è stato giudicato col loro autore anteriormente all'avvenimento che ha trasmesso ad essi i di lui dritti in tutto o in parte (2). Avviene delle decisioni giudiziarie come delle convenzioni, che non possono aver effetto in faccia ai terzi che trovansi in possesso di un dritto reale sull'immobile, se non quando siano anteriori alla costituzione di questo dritto reale.

776. Havvi in sostanza ragione per decidere lo stesso relativamente ai creditori di cui l'ipoteca (3) è anteriore alla sentenza che ha evitto il loro debitore. L'ipoteca, quando

(1) Legge 16, dig. *qui pot. in pig.*

(2) Vedi due arresti di rigetto delli 11 marzo 1834 e del 26 marzo 1838.

(3) Vedi su questa quistione la dissertazione speciale del signor Valette (*Rivista di dritto francese e straniero*, anno 1841, p. 27).

Digitized by Google

anche non si voglia consentire a scorgere in essa uno smembramento della proprietà, è incontrastabilmente un dritto reale (codice civile articolo 2114-2000), la di cui conservazione non deve dipendere dalla maggiore o minore solerzia ed attività del debitore nella difesa dei suoi interessi. Invocare, come si è fatto troppo spesso, la massima *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, importa fare evidentemente una petizione di principio, poichè trattasi precisamente di sapere se il debitore era o no proprietario, aveva o no il dritto di costituire un'ipoteca.

Tale erasi la teorica dei giureconsulti romani. Quindi Papiniano dice formalmente (1): « Creditor in « locum victi successisse non vide« bitur, quum pignoris conventio « sententiam praecesserit. » Questa decisione è riprodotta da Pothier (2). Ma nella pratica si osserva che la obbligazione di mettere in causa tutti i creditori ipotecarii del convenuto è estremamente incommoda. Inoltre, è sovente impossibile l'adempierla in una legislazione in cui i dritti ipotecarii non sono tutti sottoposti alla pubblicità. Senza andare tant'oltre quanto Merlin (3), che qualificò di *assurda* l'opinione contraria a quella che egli ha fatto prevalere nella giurisprudenza (4), noi persistiamo a credere che l'utilità pratica trovasi qui in urto col vigore dei principii (5). Si dirà forse che riesce ugualmente incommodo mettere in causa un gran numero di piccoli proprietarii, quando l'immobile, oggetto del litigio, sia stato dismembrato? Ma questo è un caso eccezionale, mentre un'immensa quantità d'immobili si trova gravata d'ipoteche. Noi siamo disposti a credere che neanche in Roma si applicasse in tutto il suo rigore la teoria che accorda al creditore ipotecario un dritto perfettamente indipendente. Leggiamo infatti in un rescritto di Caracalla [6]: « Praeses « provinciae vir clarissimus jus pi« gnoris tui exequentem te audiet, « nec tibi oberit sententia adversus « debitorem tuum dicta, si eum col« lusisse cum adversario tuo, aut « (ut dicit) non causa cognita, sed « praescriptione superatam esse con« stituit. » Risulta evidentemente da questo testo che una sentenza non collusa, resa sul merito del dritto, avrebbe potuto opporsi al creditore ipotecario.

777. Quello che non ammette dubio si è che in caso di collusione, i creditori ipotecarii, al pari di tutti gli altri creditori [7], possono formare opposizione di terzo avverso la sentenza profferita contro il loro debitore. Finalmente si accorda loro senza difficoltà il dritto di far valere dei mezzi personali che il loro debitore non avrebbe potuto opporre [8]: la domanda in tal caso poggia sopra una nuova causa.

778. Noi abbiamo supposto, tanto

(1) Legge 29, § 1, dig. *de exceptione rei judicatae*.

(2) Trattato delle obbligazioni, numero 905.

(3) Quistioni di dritto, v. *Opposizione di terzo*, § 1.

(4) Vedi numerose decisioni della corte di cassazione, dall'arresto di annullamento del 12 fruttidoro anno IX, sino all'arresto di rigetto del 26 maggio 1841.

(5) Vedi nondimeno un arresto di rigetto del 29 agosto 1849.

(6) Legge 5, cod. *de pignoribus et hypothecis*.

(7) Vedi il numero 781.

(8) Vedi un arresto di rigetto del 9 dicembre 1837.

Digitized by Google

relativamente ai terzi possessori, che ai creditori ipotecarii, l'atto costitutivo di un dritto reale posteriore alla sentenza resa in faccia a colui che ha costituito questo dritto. Secondo taluni scrittori, bisognerebbe andare più oltre ancora, ed in virtù del vecchio adagio; *judiciis quasi contrahimus* [1], applicato, nel senso del dritto romano, all'azione intentata [*judicium*], considerare l'avente causa come legato dalla sentenza profferita in faccia all'autore suo, quando la costituzione del dritto abbia avuto luogo tra la domanda e la sentenza. Questo importa, a nostro avviso, abusare della finzione in forza della quale si fa rimontare la sentenza al giorno della domanda. In dritto romano, ove la *litis contestatio* produceva un effetto interamente speciale, perocchè essa operava novazione, si comprende perchè si risalisse a quell'epoca, considerando i litiganti come legati da un vero contratto, i di cui effetti dovevano posteriormente avverarsi [2]. E nondimeno noi abbiamo veduto Papiniano attenersi all'epoca della sentenza, *quum pignoris conventio sententiam praecesserit.* Merlin [3] dopo avere richiamato la regola, attinta nel dritto romano, secondo la quale, quando una lite era impegnata tra due parti, non poteva più essere decisa che tra di esse, aggiunge, citando l'autorità degli antichi arresti: « Ma questa « regola del dritto romano è da molto « tempo caduta in desuetudine. » Sembraci infatti ben pericoloso attribuire la facoltà di rappresentare il vero interessato ad una persona che spesso non ha più interesse nella causa, perchè non è tenuto a garantia, come quando si tratta di donazione, o che ha dissipato il prezzo della cessione, quando siasi fatta a titolo oneroso. Conviene quindi considerare come *res inter alios acta* in faccia al cessionario dell'oggetto in lite quello che è stato deciso in faccia al cedente posteriormente alla cessione (4) (*). Aggiungiamo tuttavia con Thomine Desmazures (5), che avverrebbe altrimenti se il cessionario, avendo avuto conoscenza della lite, avesse avuto la intenzione di far saggio in certo modo della giustizia, onde mettersi nella posizione di profittare della sentenza, se a lui favorevole, impugnarla, se contraria.

779. Se il compratore è legato dalle decisioni rese contro il suo venditore, anteriormente all'atto traslativo, non è vero, all'inverso, che il venditore sia legato da quelle profferite contro il compratore, nel caso, per esempio, che ottenesse ulteriormente la risoluzione della vendita per difetto di pagamento del prezzo, perciocchè la sentenza profferita contro il successore non è profferita contro l'utore. « Julianus « scribit (6) exceptonem rei judica- « tae a persona auctoris ad empto- « rem transire solere, retro contra,

(1) Tale si è realmente il significato di quest'adagio (v. pag. 7, nota 1).

(2) Ulpiano, legge 11, § 9 e 10, dig. *de exceptione rei judicatae.*

(3) *Repertorio*, v. *Quistione di Stato*, § 3, articolo 2, num. 3.

(4) Vedi un arresto di rigetto del 26 marzo 1838, ed un altro della corte di Bordeaux, del 19 agosto 1840.

(*) Vedi contra: Duranton, t. VIII, numero 506 e seguenti; cassazione, 14 giugno 1815, e 19 agosto 1813; Douai, 5 giugno 1820; cassazione, 11 marzo 1831. —*Il Traduttore.*

(5) Commentario sul codice di procedura num. 526.

(6) Legge 9, § 2, *ibidem.*

Digitized by Google

« ab emptore ad auctorem) reverti « non debere (1). » Nè si può dire che il venditore, ripigliando l'immobile, siasi reso l'avente causa del compratore, poichè la condizione risolutiva cancella tutti i dritti che poterono nascere dal lato di quest'ultimo. Tuttavia questa risoluzione non potrebbe giovare se non a colui in vantaggio del quale essa è stata stabilita. Il venditore può benissimo impadronirsi delle decisioni favorevoli rese in faccia all'acquirente, e sotto questo rapporto considerarsi come il suo avente causa. Spetta alla parte che vuole ottenere una vittoria stabile, far mettere in causa il venditore non pagato. Questa necessità di fare rendere una dichiarazione di sentenza comune, che comprenda tutti quelli che possono avere sui beni dei dritti anche condizionali, può dar luogo a gravi difficoltà nella pratica, relativamente ai dritti non conosciuti, e che sovente non possono conoscersi, come le servitù non apparenti. È questo un nuovo argomento in favore del sistema che esige la pubblicità dei dritti reali.

780. Perverrebbesi ad altre conseguenze, adottando la giurisprudenza la quale, preoccupata dell'utilità pratica anzichè della deduzione rigorosa dei principii, considera come validi gli atti di alienazione consentiti da un erede apparente (2) [*]. Si estenderebbe forse l'applicazione di questa teorica eccezionale, creata dapprima pel preteso erede, a qualunque proprietario apparente, e se ne deciderebbe, come hanno fatto parecchi arresti (3), che la cosa giudicata col proprietario apparente può essere opposta al vero proprietario. Seguendo siffatto sistema, potrebbesi a ragion più forte conservare in faccia al proprietario sotto condizione sospensiva, la decisione profferita contro il proprietario sotto condizione risolutiva, perciocchè si ammette che anche colui che non ha alcun dritto può litigare, purchè abbia dritti apparenti.

Ma, mentre riconosciamo i vizii dell'attuale legislazione, vizii che si è procurato di attenuare facendo del proprietario apparente un proprietario immutabile in faccia ai terzi, non veggiamo nella legge alcuna cosa che giustifichi questa trasformazione del fatto in dritto. Ci sembra per-

(1) Vedi un arresto di rigetto del 16 novembre 1836.

(2) Vedi due arresti di annullamento ed uno di rigetto in data del 16 gennajo 1843.

(*) Vedi nello stesso senso Chabot, *successioni*, art. 756, n. 4; Belost Jolimont, *ibid.*, *osserv.* 4; Poujol, sugli art. 756 e 757; Duvergier, *vendita*, 1, 225; Fouet de Conflans, sull'articolo 724, n. 7; Zachariae, § 616, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, nota 31; Caen, 21 febrajo 1814; cassazione, 3 agosto 1815; Montpellier, 11 gennajo 1830; Rouen, 25 maggio 1839, e 12 aprile 1826; cassazione, 26 agosto 1833. Vedi però in senso contrario: Lebrun, *Trattato delle successioni*, libro 3, capo 4, num. 57; Toullier, t. IV, num. 289, e t. VII, num. 31; Grenier, *Ipoteche*, t. 1, num. 55, p. 101 e seg.; Duranton, t. 1, num. 552 a 559; Proudhon, *Usufrutto*, t. III, num. 1319, nella nota; Troplong, *Ipoteche*, t. II, numero 486, *Vendita*, t. II, num. 960; Bordeaux, 14 aprile 1832; Poitiers, 10 aprile 1835; Orléans, 27 maggio 1836, Montpellier, 9 maggio 1838.

Taluni emettono una proposizione media, richiedendo per la validità di tali atti la buona fede simultanea del venditore e dell'acquirente. Vedi in questo senso Poitiers, 13 giugno 1822; Parigi, 12 aprile 1823; Tolosa, 5 marzo 1833; Limoges, 27 dicembre 1833; Bordeaux, 24 dicembre 1834; Bourges, 16 giugno 1837; Tolosa, 21 dicembre 1839.—*Il Traduttore.*

(3) Vedi precisamente un arresto della corte di Pau, del 4 luglio 1823, ed un altro della corte di Parigi, del 3 marzo 1829.

Digitized by Google

altro che, non essendo in nessuna parte del codice definiti i caratteri legali ai quali si possa riconoscere l'erede o il proprietario apparente, i terzi possessori non ottengono, anche sotto l'impero dell'attuale giurisprudenza, la sicurezza che si vuole ad essi procurare, perciocchè non si dichiarano validi indistintamente tutti gli atti fatti da un possessore qualunque, ma solamente quelli che emanano da un possessore il di cui titolo è più o meno *colorato* (1). Nel respingere il principio, noi respingiamo la conseguenza, e non possiamo accordare al possessore la facoltà di rapresentare il proprietario, nè quando litiga, nè quando contrae (2). Solamente, quando il proprietario abbia contratto col possessore, precisamente quando si tratterà d'una condizione risolutiva, egli avrà la facoltà di farsi considerare suo avente causa, onde giovarsi delle decisioni profferite in di lui favore; mentre, quando niun vincolo ravvicina il proprietario a colui che occupa il fondo, la cosa giudicata in faccia a quest' ultimo sarà completamente *res inter alios acta* in faccia al proprietario.

781. Quello che non ammette contrasto si è che i creditori chirografarii, in materia di sentenze, come in materia di convenzioni, sono tenuti dei fatti del loro debitore. Essi possono nondimeno formare opposizione di terzo alle decisioni profferite in frode dei loro dritti, in forza del principio (codice civile art. 1167-1119) che li autorizza in generale a far cadere gli atti fraudolenti. Ma questa eccezione non fa che confermare la regola (*).

782. Quando più persone trovansi interessate in una stessa causa, come più comproprietarii o più condebitori, quello che è giudicato in faccia ad uno non lo è in faccia agli altri; perciocchè essi non sono aventi causa gli uni degli altri, nè havvi tra di loro filiazione, ma solamente soprapponimento d'interessi.

783. Avviene altrimenti se *uno* degl'interessati siasi reso responsabile dei fatti degli altri. Tale si è la posizione del fidejussore relativamente al debitore principale. Riconoscevasi difatti in Roma che la cosa giudicata in faccia al debitore aveva effetto in faccia al fidejussore (3). Tale erasi anche la teorica dell'antica giuris-

(1) Rouen, 16 luglio 1834; Parigi, 14 agosto 1840.

(2) Avverrebbe altrimenti se vi fosse stata una controscrittura; in tal caso la condizione risolutiva, precisamente perchè è stata dissimulata a ragion veduta, non produce alcun effetto in faccia ai terzi, i quali non debbono essere indotti in errore pel fatto di colui che pretende oggi invocarlo in loro pregiudizio (vedi il num. 442).

(*) Unif.: Zachariae, § 769, n. 2, 1; cassazione, 12 frattidoro, anno IX, e 15 febrajo 1808; Nimes, 8 febrajo 1832.

Il Sindaco di un fallimento non è parte obbligata nelle contestazioni tra' creditori ipotecarii. Le sentenze intervenute fra costoro nella graduazione aperta sul prezzo degl' immobili del fallito non hanno forza di cosa giudicata relativamente alla massa chirografaria. Bruxelles, 9 luglio 1838.— *Il Traduttore.*

(3) Pomponio, legge 21, § 4, dig. de *exceptione rei judicatae*. Marciano, legge 5, pr. dig. *de appellationibus et relationibus*. Può sembrare strano che abbiasi potuto agitare la quistione della cosa giudicata nei rapporti del debitore e del fidejussore, prima della promulgazione della legge 28, al codice *de fidejussoribus*, quando la *litis contestatio* in faccia dell'uno operava immediatamente la liberazione di un altro, qualunque si fosse stato l' esito della lite. Ciò avveniva perchè già la convenzione contraria era generalmente in uso. « Invenimus, dice Giustiniano (nella stessa « legge 28), plerumque ex pacto hujusmodi « causae prospectum. »

prudenza, come l'attestano Pothier [1] ed il nuovo Denisart (2).

Non debbesi credere che il legislatore moderno abbia innovato in proposito. Si può, per l'opposto, invocare in favore del principio che estende al fidejussore l'autorità delle decisioni rese contra il debitore, l'articolo 123 del codice d'istruzione criminale, secondo il quale, quando l'imputato messo in libertà provvisoria sotto cauzione è stato condannato con una sentenza divenuta irrevocabile, il giudice d'istruzione spedisse un mandato di arresto contro il fidejussore. Bisogna quindi ammettere che le sentenze rese in faccia al debitore debbono non solamente giovare, ma benanco nuocere al fidejussore (3).

Per attaccare questo sistema, taluni moderni scrittori hanno fatto rilevare che il fidejussore non sarebbe affatto legato dalle confessioni del debitore, e che di conseguenza esso non è veramente suo avente causa, come l'erede è l'avente causa del defunto. Certamente, noi non vorremmo spingere tanto innanzi contro il fidejussore le dichiarazioni stragiudiziali del debitore. Ma altro è il mandato di difendere in giudizio, altro quello delle confessioni, come lo dimostrano a sufficienza le regole del codice sulla disapprovazione degli uffiziali ministeriali (articolo 352-444). Quello che non può mettersi in dubio si è che il fidejussore può sempre opporre i mezzi che sono a lui personali (4), come sarebbe la nullità della fidejussione, mezzi che il debitore principale non potrebbe opporre (5). Devesi per l'opposto riconoscere che le sentenze profferite contro il fidejussore non possono nuocere al debitore principale, il quale non è per nulla garante, in faccia al creditore, della condotta che può tenere il fidejussore. Solamente, poichè il giuramento deferito sul debito giova al debitore principale [codice civile articolo 1365-1319], sembra ragionevole permettergli del pari d'invocare le decisioni favorevoli rese sul dritto, in vantaggio del fidejussore. Costui è il mandatario del principale obbligato, non per rendere peggiore ma per migliorare la propria condizione. Tuttavolta quest'ultima decisione non dev'essere ammessa se non con precauzione, perocchè la lite tra il creditore e il fidejussore potrebbe essere meramente personale.

784. Un creditore solidale è parimente un mandatario, il di cui mandato può giovare agli altri creditori solidali, ma non potrebbe recar loro nocumento. Bisogna quindi anche qui distinguere se la sentenza sia stata profferita contro o in favore di lui.

Per quanto concerne i debitori solidali si dee ricercare sino a qual punto la sentenza resa in faccia ad uno di essi produca effetti in faccia agli altri. Se il condebitore chiamato in giudizio è stato liberato dalla domanda per un motivo che non eragli puramente personale, si conviene agevolmente che gli altri condebitori possono chiamarsi liberati, nel modo istesso che essi profittano del giuramento deferito al loro condebitore sul debito, e non semplicemente sul fatto della solidalità [codice civile ar-

(1) Trattato delle obbligazioni, numero 965.

(2) V. *cosa giudicata*, § 3.

(3) Vedi un arresto di annullamento del 27 novembre 1811.

(4) Vedi il num. 777.

(5) Vedi il citato arresto del 27 novembre 1811; Grenoble, 18 gennajo 1832.

Digitized by Google

ticolo 1365-1319]. Ma la difficoltà è maggiore quando il condebitore solidale ha riportato condanna. Non è possibile ammettere d'una maniera assoluta che la sentenza profferita contro di lui produca effetti contro i cointeressati, perciocchè questi possono benissimo negare l'obbligazione solidale, ed in tal caso non potrebbesi, senza cadere in un circolo vizioso, opporre ad essi la sentenza profferita contro il loro preteso condebitore. Ritiensi quindi unanimamente (1), che il debitore solidale, al pari del fidejussore, può sempre invocare i mezzi di difesa a lui personali.

Da un altro canto, l'opinione che isolasse completamente i condebitori gli uni dagli altri, sarebbe contraria, tanto allo spirito della solidalità, la quale tende a risparmiare al creditore la moltiplicità delle procedure, quanto precisamente al principio che li considera tutti come fidejussori reciproci gli uni degli altri. Tuttavia la quistione è vivamente controversa, nel caso in cui si tratta di mezzi comuni a tutti i condebitori. Per riservare a ciascuno la facoltà di difendere la causa come intera, invocasi il pericolo d'una collusione, della quale riuscirebbe malagevole apprestare la pruova [2]. Ma allora non dovrebbesi permettere d'invocare contro il fidejussore la sentenza resa in faccia al debitore: eppure questo è ammesso dalla pratica. L'opinione che considera i debitori solidali come mandatarii gli uni degli altri per quel che concerne i mezzi comuni a tutti, venne consagrata nell'antico dritto da un arresto del consiglio del 13 luglio 1709, e nel diritto moderno da un arresto della corte di Parigi del 20 marzo 1809 [*].

785. Che cosa devesi decidere quando si tratta di un oggetto indivisibile?

Parecchie leggi romane, e principalmente il testo di Marciano, che forma la legge 19, nel Digesto, *si servitus vindicetur*, decidono che l'effetto dell'indivisibilità è di rendere comune a tutti gli aventi dritto la sentenza profferita contro di un solo, salva la pruova della collusione. Pothier riproduce questa teorica, ma ne affievolisce positivamente l'estensione, poichè egli riserva la via dell'opposizione di terzo alle parti che non hanno figurato nella lite [3].

Oggi, nel silenzio del codice civile, non si vede alcuna ragione per estendere all'indivisibilità quello che

(1) Arresto di rigetto del 29 novembre 1836.

(2) Limoges, 19 dicembre 1842. Male a proposito invocasi nello stesso senso un arresto profferito dalla corte di cassazione li 15 gennajo 1839. Sebbene l'espressione di *solidalità* trovasi nelle considerazioni di questa decisione a fianco di quella d'indivisibilità, nella specie non trattavasi che d'indivisibilità, e non mai di un vero debito solidale. Decidendo quindi che *l'indivisibilità di talune obbligazioni non trae seco come conseguenza l'indivisibilità delle procedure e della sentenza*, la corte di cassazione ha reso una decisione molto ragionevole in se stessa, ma che non tocca per nulla quello concerne i debitori veramente solidali.

(*) Si ritiene generalmente che la sentenza profferita a favore di uno dei condebitori solidali, e che abbia accolto una eccezione comune a tutti, giova agli altri condebitori. Non così però in caso inverso. Il pericolo della frode e della collusione del creditore con uno dei condebitori che rinunzia ad una eccezione ha fatto ammetter questa soluzione. Duranton, t. XIII, n. 520; Zachariae, § 769, 2, 1, ed i suoi annotatori Aubry e Rau, *ibid.*; cassazione, ric. rig., 15 gennajo 1839. Vedi però in senso contrario Toullier, t. X, num. 22 e 203; Proudhon, *Usufrutto*, num. 1321; cassazione, ric. rig., 29 novembre 1838. — *Il Traduttore.*

(3) Trattato delle obbligazioni, num. 209.

Digitized by Google

abbiamo deciso per la solidalità. Non si è, per esempio, ritenuto giammai che i condebitori d'una obbligazione indivisibile siano fidejussori gli uni degli altri; essi non rispondono che dei loro rispettivi fatti; essi sono ravvicinati per la posizione loro e non pei legami di un'obbligazione comune. Conviene quindi lasciare al proprietario ed al condebitore d'una cosa indivisibile la facoltà di respingere l'autorità d'una sentenza che gli è completamente estranea (*). Per quanto concerne la difficoltà pratica che risulta da che, in caso di decisioni contrarie, non si può ordinare in parte l'esercizio di un dritto indivisibile, essa può esistere in tutte le opinioni, perocchè, in caso di collusione, in cui l'opposizione di terzo è incontrastabilmente ammessibile, il cointeressato, vittima di tale collusione, potrebbe solo far cadere la sentenza esistente in faccia al suo cointeressato. In simili ipotesi bisogna osservare se il dritto sia di una natura tale da potersi esercitare senza nuocere alle parti interessate. Così, se trattasi di un dritto di passaggio sopra un fondo indiviso, la parte che avrà trionfato in faccia ad uno dei comproprietarii solamente, non potrà passare quando l'altro comproprietario giustifichi che egli ha il dritto di opporsi all'esercizio della

servitù; è
vincibile, i
cose. Ma a
ha sempre
nuito il nu
giungerà
disfacente
dritto il q
può essere
za nuocere
pio, dell'ob
casa; in qu
dalla legg
debitore
dogli un'i
spondente
che hanno
civile arti
resto di ri
consacra
la facoltà
tro i prop
servando
terzo.

786. F
questa
principii
teria civil
rica amn
trasto, e
del *legitti*
terie di
riamente,
col padre
Così, un

(*) Unif.: Zachariae, *loc. cit.*; cassazione, rie. rig., 15 gennajo 1839. *Contra*, Toullier, t. X, n. 206. — *Il Traduttore.*

(1) Si è qualche volta sostenuto che la qualità di erede è indivisibile, per ispiegare la disposizione dell'articolo 800-717 del codice civile, che sembra far dipendere la qualità di erede in faccia a tutti i creditori, dalla sentenza ottenuta da un solo. Ma riconoscesi oggi agevolmente che quest'articolo, come rilevasi dalla discussione, non ha voluto stabilire alcuna regola spe-

ciale relat
giudicata(a
ingegnosa
un limite
beneficiata
stentiamo
sto il luog
menti di
procedura

l'erede con
passa in
in faccia a
l'eredità. —

(a) « Per l'articolo 889 del codice sardo, BONNIER

Digitized by Google

negata la qualità di francese, e che avesse fatto giudicare in una prima causa che una tal qualità gli compete, sarebbe obbligato a litigare nuovamente contro i figli del suo primo avversario, se questi venissero a contrastargliela in un' altra lite. L'interesse della stabilità dello stato delle persone ha fatto decidere, all'incontro, dagli antichi scrittori, in materia di filiazione, che basta riportare vittoria in faccia ai parenti del primo grado, reputati contradittori legittimi, affinchè tutti quelli dei gradi susseguenti siano legati dalla decisione resa coi capi della famiglia. Giuliano dice infatti, supponendo la quistione di paternità sottoposta alla giustizia, che colui che è dichiarato erede suo in faccia al padre, lo è in faccia a tutti: « Et fratribus suis « consanguineus erit. Placet enim, « aggiunge Ulpiano, ejus rei iudicem « jus facere» [1]. Citasi ancora, nello stesso senso, un arresto del parlamento di Parigi del 4 febbrajo 1689.

Insegnata da parecchi scrittori del dritto moderno, siffatta dottrina è stata vivamente combattuta, principalmente da Merlin [2]. Questo giudizioso scrittore non si spinge tuttavia sino ad insegnare che ogni generazione possa rimettere in quistione quello che si è giudicato colla generazione precedente, in guisa da rendere eterne le liti sullo stato delle persone. Tutto quello che si può ragionevolmente supporre si è che i figli nati debbono essere messi in causa nelle liti che si agitano coi loro padri sopra dritti di famiglia. Questo sembra che risulti dalle considerazioni d'un arresto di cassazione del 16 maggio 1821, il quale dichiara « che « i dritti di famiglia si acquistano « dai figli pel solo fatto di nascita « in legittimo matrimonio; che, re- « lativamente a tali dritti, i loro « autori non possono nè obbligarli « pel fatto loro, nè rappresentarli « nei giudizii in cui tali figli non « siano stati personalmente chiamati.» Ma quando si esamina la specie in cui tale arresto fu profferito, si vede che si trattava di correggere una decisione scandalosa ottenuta da un tribunale di famiglia, nel 1793, decisione che attribuisce la legittimità ad un figlio di cui l' illegittimità era manifesta. È Quindi questo evidentemente un arresto di specie particolare, e bisogna notare inoltre che il figlio legittimo, che non era stato messo in causa, era donatario di tutti i beni presenti del *de cujus*, e che di conseguenza aveva un interesse affatto speciale nella causa decisa senza la sua presenza. Ordinariamente, all'incontro, nelle *quistioni* di stato, il reclamo *trae seco* uno scandalo che è nello spirito della nostra legislazione di soffocare prontamente: da ciò i termini così brevi per le impugnazioni di legittimità. Noi siamo quindi di avviso che la teoria del legittimo contradittore rientra completamente nei principii del dritto moderno. Quello che non ammette dubio si è che è necessario che tutte le parti principali siano state messe in causa: quindi un figlio dichiarato legittimo in faccia a sua madre, non lo sarebbe punto per questo stesso in faccia a suo padre, e reciprocamente. Per quanto sia nella natura delle cose indivisibile lo stato delle persone, esso deve nondimeno essere considerato nella pratica come divisibile; e può taluno essere figlio legittimo di una donna, senza essere legalmente il figlio del marito di lei [3] [*].

(1) Legge 2, c 3, dig. de *agnos. lib.*
(2) Repert., v. *Quistione di stato*, § III.
(3) Vedi il num. 167.
(*) Unif.: Proudhon, *Trattato dello sta-*

Digitized by Google

Seconda Divisione.

Autorità della cosa giudicata nel criminale (1).

787. Il principio che non si può più rimettere in quistione un punto sovranamente giudicato, è nelle materie criminali più sagro ancora che nel civile. Che ne sarebbe della libertà individuale e della sicurezza di ciascun cittadino, se le accuse potessero rinnovarsi indefinitivamente? Il sistema contrario trarrebbe seco sì gravi perturbazioni da dover essere necessariamente respinto dalla ragione politica non meno che dall'equità. « Qui de crimine publico [2] in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. » E l'antica nostra giurisprudenza riprodusse la regola, conosciuta nella pratica sotto il nome di *non bis in idem*. Solamente, ammettevasi il ricorso per ritrattazione per causa di dolo dell' accusato, o di falsità dei documenti prodotti, mentre oggi non esiste più questo rimedio nelle materie criminali.

788. Il rispetto di questo principio esercita tanta influenza nelle materie penali, che non è in balia delle sole parti, come in materia civile [3], di giovarsi delle sentenze rese in loro favore, quando le conoscano e reputino a proposito l'invocarle: questo mezzo perentorio dev'essere supplito d'officio (4) ove l'interesse dello accusato lo richieda. Avviene della cosa giudicata come della prescrizione, la quale non è abbandonata a discrezione delle parti nelle materie criminali.

789. Per quanto concerne la massima *non bis in idem*, bisogna distinguere tre gradi nella giurisdizione criminale. Se l'imputato è stato rilasciato dal giudice d'istruzione, che ha reputato la pruova insufficiente, in ciò non havvi cosa che rassomigli ad una sentenza: è questa, come diceva l'articolo 67 del codice del 3 brunale IV, una *decisione provvisoria di polizia*, che non pregiudica nulla, e che permette di ricominciare i procedimenti, quand'anche non si fosse acquistato dall'istruzione alcun nuovo elemento. Quando un arresto di *non vi è luogo* si è profferito dalla camera delle sottoposizioni ad accusa [5], l'imputato non può più essere tradotto in giudizio pei medesimi fatti, a meno che non sopraggiungano novelle pruove [codice d'istruzione articolo 246-162]: havvi autorità della cosa giudicata, ma solamente per le pruove sottoposte alla camera. Finalmente l'autorità della cosa giudicata protegge completamente l'accusato, quando vi è stata sentenza diffinitiva, cioè non sola-

to delle persone, tomo II, pag. 66; Duranton, tomo III, num. 101 e 102; Zachariae, tomo III, pag. 660 e 667; Cadrés, *Figli naturali*, num. 53; Angers, 11 aprile 1821; cassazione, ric. rig., 28 giugno 1824.

Tuttavia la corte di Pau, a 20 gennaio 1837, ha ammesso in contrario che i giudicati i quali statuiscono sopra quistioni di filiazione, sono obligatorii, anche per le persone che non sono state parti in giudizio. — *Il Traduttore.*

(1) V. su tutto quello che concerne la cosa giudicata nel criminale, gli eccellenti sviluppi nel *Trattato dell'azione pubblica e dell'azione civile* del signor Mangin (capo IV, sez. III).

(2) Diocleziano, legge 9, cod. *de accusationibus*.

(3) Vedi due arresti di rigetto del 5 dicembre 1842, e del 16 marzo 1843.

(4) Arresto di annullamento del 12 luglio 1806.

(5) Lo stesso avverrebbe delle ordinanze di *non vi è luogo* rese dalla camera del consiglio, non impugnate nei termini, come è stato deciso dalla corte di cassazione, principalmente li 27 agosto 1847, e li 25 luglio 1849.

Digitized by Google

mente nei casi di liberazione, di che si è occupato il codice d'istruzione criminale [articolo 30], ma anche in caso di assoluzione, o benanco di condanna, quando si pretendesse che la pena profferita non era sufficiente.

Inoltre, gli arresti della camera delle sottoposizioni ad accusa hanno un carattere diffinitivo, nel senso che essi troncano delle quistioni di dritto, relativamente alle quali la sopravvenienza di novelle pruove a carico è una circostanza indifferente. Così, la decisione di questa camera, che dichiara non esservi luogo a rinvio, perchè il fatto contro cui sonosi spinti i procedimenti non è punibile ai termini delle leggi penali, ha un'autorità tanto irrefragabile quanto quella di un arresto di assoluzione. La corte di cassazione ha di conseguenza deciso (1) che lo scovrimento di novelle pruove a carico non può distruggere l'autorità di un arresto di *non vi ha luogo*, fondato sulla ragione di essersi acquistata la prescrizione in prò dell'imputato.

Non vi ha cosa giudicata nel criminale se non quando la decisione tronca in tal modo la quistione irrevocabilmente, e non quando, motivata unicamente sul difetto di pruove, essa esclude taluni carichi, senza purgare l'accusa.

790. I caratteri che deve avere la cosa giudicata sono certamente qui in sostanza quelli stessi della materia civile. L'identità di oggetto, di causa e di persona è egualmente necessaria per rendere irricettibili novelli procedimenti; tuttavia noi vedremo che l'applicazione di quest principio può subire talune modificazioni in materia criminale.

(1) Arresto di annullamento del 3 maggio 1832.

(2) Arresto di annullamento del 5 febrajo 1829.

§ 1. *Identità d'oggetto.*

791. È ben evidente che se il fatto contro del quale si procede è diverso di quello che diè luogo ad una prima sentenza, non si può opporre all'accusa la massima *non bis in idem*. Così, colui che è stato liberato dall'accusa di omicidio seguito da furto, può essere nuovamente perseguitato pel fatto posteriore e distinto di ricettazione degli oggetti provenienti dal furto [3].

La circostanza stessa che i delitti non erano, per così dire, se non la ripetizione l'uno dell'altro, non potrebbe confenderli. Quindi si dichiararono validi i procedimenti (2) per falsa testimonianza contro un individuo che aveva già subito una condanna per denunzia calunniosa, in una specie in cui l'imputazione mendace era stata dapprima comunicata ad un sindaco [*maire*], e poscia reiterata innanzi alla giustizia.

Tuttavia non si dovranno prendere per fatti distinti tutti gli elementi particolari di uno stesso delitto. Colui che avrà commesso più furti in una stessa casa potrà bene soffrire tanti procedimenti quante sono le persone diverse da lui derubate; ma non potrà soffrire più di un procedimento pei varii furti commessi nello stesso tempo in pregiudizio di una sola persona.

792. I reati possono essere connessi, il che importa che gli uni possono essere stati commessi [cod. d'istruzione criminale art. 227-161] per procurare i mezzi di commettere gli altri, per facilitarne, per consumarne l'esecuzione, per assicurarne

(3) Arresto di rigetto del 31 luglio 1833.

Digitized by Google

l'impunità. Bisogna in tal caso esaminare se siavi un'indivisibilità reale tra il fatto giudicato, ed il fatto contro del quale si procede. Siffatta indivisibilità, esiste quando la colpabilità di uno dei fatti dipende necessariamente dall'esistenza dell'altro. Così, quando una persona accusata d'aver commesso una falsità onde giungere a commettere delle concussioni, è stata riconosciuta non colpevole del falso, perchè si è dichiarato avere la medesima operato senza intenzione di nuocere, non può più essere ulteriormente molestata, relativamente alle pretese concussioni, di cui il falso doveva essere il mezzo, poichè l'intenzione criminale è stata irrevocabilmente esclusa dal giurì[1]. Ma i fatti, sebbene commessi, possono essere perfettamente divisibili, e quindi sono isolatamente imputabili all'accusato. Per esempio, la decisione negativa sulla quistione di stupro violento, non impedirebbe il procedimento per eccessi e cattivi trattamenti esercitati simultaneamente sulla pretesa vittima [2].

§ 2. *Identità della causa.*

793. Havvi molta divergenza di opinioni sull'ammessibilità, in materia criminale, del principio costante in materia civile, secondo il quale lo stesso fatto può dar luogo a più giudizii successivi, quando invochisi ogni volta una causa novella, come nel caso in cui s'impugni successivamente un testamento come nullo nella forma, come fatto a vantaggio di un incapace, e come eccedente la quota disponibile. In Roma, siffatto principio era ammesso senza con-

trasto, a
« men,
« dem fa
« tur, (
« sationc
« non p
I nostri
sarono c
na; ma
introdus
nuovo. (
giurì, se
tembre 1
3 bruma
lamente
quel dat
ma era i
terialità
sere spec
Di conse
libertà p
poteva p
cedimen
denza, p
dio per
micidio
trambe a
era stat
tutti gli
imputab
quale in
in quel
che non
nuovam
dividuo
to [4].
794. (
trovano
d'istruzi
« Qualu
« mente
« restata
« *stesso*
non est

(1) Arresto di annullamento del 22 glaciale anno XIII.

(2) Arresto della corte di cassazione del 30 maggio 1812.

(3) Leg

(4) Leg
art. 3; c

Digitized by Google

posteriores trahantur [1], parecchi scrittori e molte corti di appello hanno sostenuto che queste espressioni debbono oggi interpretarsi nello stesso modo, fondandosi sull'idea che nelle materie penali debbesi sempre far prevalere l'opinione più favorevole all'accusato. Ma la corte regolatrice si è sin da molto tempo pronunziata per l'opinione contraria, ed un arresto di annullamento, profferito in questo senso, a sezioni riunite, li 25 novembre 1841, ha fissato irrevocabilmente la sua giurisprudenza. Se la legislazione novella dev'essere rischiarata da quella che l'ha preceduto, questo non può avverarsi se non quando non siavi tra le stesse opposizione di principii, *nisi contrariae sint* [2], e questa opposizione esiste realmente nella specie.

Il codice d'istruzione criminale [art. 337-274] sostituisce alle operazioni moltiplici e complicate del vecchio sistema la proposizione di questa semplice quistione: «L'accusato è egli colpevole d'aver commesso il tal omicidio, il tal furto o il tal altro misfatto, con tutte le circostanze comprese nel riassunto dell'atto di accusa [3]?» Il giurì non pronunzia quindi più sul fatto, ma sul reato. Perchè la di lui valutazione si estenda più oltre, è mestieri siansi allo stesso presentate delle quistioni sussidiarie. Non è adunque più vero oggi che qualunque accusa relativa al fatto materiale sottopesto al giurì si trovi purgata per la sua sentenza. Così, quando esso ha risoluto negativamente la quistione d'infanticidio, non si potrebbe ammettere che abbia implicitamente risoluto quella d'omicidio per imprudenza, che non gli era stata sottoposta, e che non poteva nemmeno presentarsi alla sua mente. Per *lo stesso fatto* debbesi quindi intendere nella legge attuale *lo stesso reato*. L'opinione contraria, ragionevole in un sistema d'istruzione in cui l'esame del giurì doveva versarsi sul fatto considerato sotto tutti gli aspetti, produrrebbe oggi il singolare risultato che un delitto correzionale che non fosse stato nè discusso, nè giudicato, si troverebbe impunito, non per altro che per essere stato l'autore del reato accusato male a proposito d'un misfatto. È ben vero che il presidente della corte di *assise* può sempre proporre sussidiariamente la quistione se siasi commesso un semplice delitto; ma comprendesi bene quanto si snerverebbe la repressione col facilitare in tal guisa la via all'indulgenza del giurì, proponendo delle quistioni sussidiarie, alle quali esso si fermerebbe sovente per prendere un termine medio tra l'assoluzione e la condanna completa.

Credesi comunemente che il pubblico ministero abbia un mezzo facile onde troncare la quistione, riservandosi il procedimento, prima, della chiusura della discussione (codice d'istruzione articolo 361). Ma tali riserve, giusta il testo e lo spirito della legge, hanno semplicemente per iscopo d'impedire che l'imputato assoluto sia messo in libertà; i fatti che danno luogo a tali riserve possono essere affatto independenti da quelli sui quali il giurì profferisce il suo giudizio. Altronde il valore legale della sentenza del giurì (*verdict*)

(1) Paolo, legge 26, dig. *de legibus*.
(2) Paolo, legge 28, *ibidem*.
(3) Tale era il testo del codice d'istruzione del 1808, ed anche quello dello stesso codice riveduto nel 1832. Oggi però, ai termini dell'articolo 1 della legge del 13 maggio 1836, le quistioni relative alle circostanze aggravanti debbono essere sempre proposte separatamente. La quistione principale ha ciò non ostante conservato un carattere complesso; il che giustifica la giurisprudenza della corte di cassazione.

Digitized by Google

deve dipendere da regole stabili, e non dalla circostanza che il procuratore generale abbia emesso tali o tali altre conclusioni.

Nelle materie correzionali si dovranno studiare i motivi della sentenza, per riconoscere se essa abbia statuito sopra un solo delitto, o sul fatto nel suo insieme, e per determinane di conseguenza l'estensione.

795. Nel caso di assoluzione, che dà parimente luogo all'applicazione della massima *non bis in idem*, sebbene non sia compreso nella lettera del codice d'istruzione [1], bisogna decidere, all'incontro, che il fatto trovasi al coverto da qualunque accusa per l'avvenire, sotto tutti gli aspetti. L'assoluzione dichiara, in generale, che il fatto di cui l'esistenza è stata riconosciuta dal giurì non è vietato da una legge penale (codice d'istruzione criminale art. 364). Qualunque procedimento rendesi quindi inutile relativamente ad un tal fatto. Bisogna dire altrettanto degli arresti in cui dichiarasi non esser luogo a procedimento, quando sono motivati, non sulla mancanza di sufficienti pruove a carico, ma sul silenzio delle leggi penali (*).

§ 3. *Identità di persona.*

796. Non si può mettere in dubio che lo stesso omicidio, lo stesso furto, non possa dar luogo a procedimenti successivi contro persone diverse sulle quali cada il sospetto del reato senza che l'una possa trarre profitto dall'assoluzione dell'altra. Si è pur troppo sovente avverato nei tempi andati di essersi aperto procedimento contro il vero omicida dopo di avere non solo condannato ma sinanco condotto a morte il preteso omicida. Sotto questo aspetto, havvi perfetta identità tra il dritto criminale ed il dritto civile.

797. Ma il principio *res inter alios iudicata aliis nec prodesse nec nocere solet*, non si applica sempre collo stesso rigore, quando trattasi di correi o di complici. « Sebbene una cosa « avvenuta tre talune persone, dice « Jousse (2), non possa, in generale, « giovare ad altri, pure ciò non ha « luogo se non nei casi in cui i dritti « di tali persone diverse siano di« stinti e separati, ma non quando « cotali dritti traggono l'origine loro « da un solo e medesimo fatto, e che « le difese che gli accusati possono « opporvi sono le stesse. » Di conseguenza, quando trattasi di un reato inerente alla persona dell'accusato che deve essere stato commesso da lui, o non essere stato commesso da alcuno, come in materia di bigamia, di adulterio, di diserzione ec., la decisione negativa della giustizia giova a qualunque correo o complice contro del quale volesse aprirsi procedimento per ragion dello stesso fatto (3). In simile ipotesi, non bisogna limitarsi a dire che l'assolu-

(1) Vedi l'articolo 360.

(*) Secondo il sistema della nostra procedura penale l'ulteriore procedimento, per un dato fatto, non è vietato se non quando l'imputato è stato assoluto colla formola *costa che non abbia commesso*, ec., ovvero quando nel corso dell'istruzione siasi dalla gran corte giudicato che il fatto non è dalla legge qualificato per reato, o che l'azione penale sia estinta o che l'innocenza dell'imputato risulti chiara dagli atti (*procedura penale*, articolo 149). Quando però la gran corte adotta la formola *non costa*, ovvero ordina la conservazione degli atti in archivio, sino alla provvenienza di nuovi lumi, la libertà accordata all'imputato è provvisoria, e quindi esso può essere nuomente arrestato per lo stesso fatto entro il periodo di due anni (articoli 149 e seguenti, e 280) — *Il Traduttore.*

(2) Instituzioni criminali, t. III. pag. 21.

(3) Vedi due arresti della corte di cassazione del 17 marzo 1831 e del 5 marzo 1841.

Digitized by Google

zione del preteso autore principale giovi a quelli che sono posteriormente accusati di complicità: quand'anche il solo preteso complice sia stato posto in causa, se è stato deciso *in rem* che non esiste reato, per esempio, se relativamente al preteso complice di una donna maritata, il tribunale correzionale ha negata l'esistenza dell'adulterio, questa decisione gioverà in prosieguo alla donna, sebbene nel nuovo procedimento venga qualificata come autrice principale. Se si trattasse di una decisione affermativa, si rientrerebbe nel dritto comune, e sarebbe necessaria una nuova sentenza pel correo o pel complice.

Questi principii non sono più applicabili quando l'accusa non sia rimasta succombente se non per circostanze personali al primo accusato. Così, non è mai caduto ad alcuno in pensiero di far godere le persone accusate di complicità del beneficio dell'assoluzione pronunziata in favore dell'autore principale che si è dichiarato avere agito senza discernimento [cod. pen. art. 66-64] [*]. Lo stesso avverrebbe se nella prima causa l'assoluzione non fosse stata cagionata se non dall'insufficienza delle pruove a carico. Del resto, non essendo le decisioni del giurì fornite di motivazione, la teorica che permette di trarre in tal modo profitto dall'assoluzione di un correo, riceverà raramente applicazione nelle materie criminali propriamente dette.

798. L'identità di persona può essere considerata non solo passivamente, ma benanco attivamente, cioè sotto il punto di vista delle parti istanti, in quanto lo stesso fatto può dar luogo ad un' azione pubblica e ad un'azione civile. Questo ci conduce all'ultima nostra divisione, all' influenza della cosa giudicata nel civile sul criminale, e viceversa.

Terza divisione.

Influenza rispettiva delle sentenze civili e delle sentenze criminali.

799. L'azione pubblica, siccome quella che poggia sopra considerazioni di un ordine superiore, dev'essere, in generale, indipendente dalle decisioni profferite in un procedimento puramente civile. Riconoscesi agevolmente, all'incontro, che l'azione civile, la quale non ad altro è diretta che a proteggere interessi privati, può essere subordinata all'esito dell'azione pubblica. Parliamo dapprima dell' influenza del civile sul criminale che dà luogo a poche controversie.

§ 1. *Influenza della cosa giudicata nel civile sui procedimenti criminali.*

800. Il solo effetto che producono ordinariamente le sentenze civili relative ad un delitto, si è quello di estinguere l'azione civile, la quale non può più essere riprodotta incidentemente dinanzi ai tribunali di repressione, quando la stessa sia stata separatamente intentata. Ma l'esercizio dell'azione pubblica è completamente indipendente dall'esito dell'azione civile. Così, è fermo in giurisprudenza (1), che il rigetto o l'ammessione di una querela di falso incidente non vieta al giudice criminale di dichiarare esistente il falso

(*) Questo principio è stato elevato a legge dall'articolo 76 del nostro codice penale, ove prescrivesi che le circostanze personali che accrescono, tolgono o diminuiscono la pena in un complice o in uno degli autori del reato, non giovano nè nuocciono agli altri. — *Il Traduttore*.

(1) Arresto di annullamento del 28 ottobre 1813.

Digitized by Google

o di negarlo. Si è sinanco deciso, con arresto di annullamento, li 23 novembre 1827, che la dichiarazione di fallimento emanata da un tribunale di commercio e passata in cosa giudicata, non imprime irrevocabilmente la qualità di commerciante ad una persona accusata di bancarotta fraudolenta; e che la giurisdizione criminale deve comprovare essa stessa una tal qualità per essere autorizzata ad applicare la pena legale.

801. La decisione dei tribunali civili non ispiega l'influenza sua su quella dei tribunali criminali se non nei casi in cui o taluni testi, o per lo meno le induzioni tratte da siffatti testi [1], fanno considerare la quistione civile come pregiudiziale, relativamente, per esempio, alla proprietà degl'immobili o allo stato delle persone. In tali casi è ben evidente che il pubblico ministero, sebbene egli non sia parte principale dinanzi la giurisdizione civile, ove è portata la quistione pregiudiziale, è legato dalla sentenza diffinitiva emanata da tale giurisdizione: il che costituisce un'altra eccezione alla regola la quale prescrive che l'autorità della cosa giudicata non abbia luogo se non relativamente alle persone che sono state parti nel primo giudizio [2].

802. Se, all'infuori di questi casi eccezionali, la sentenza civile è senza effetto, deve, a ragion più forte, avvenire lo stesso dei semplici atti d'istruzione. Le confessioni più formali ricevute dal giudice non potrebbero far pruova in faccia al giudice criminale. Sarebbe un abuso pericoloso considerare come acquistate all'accusa le dichiarazioni che il convenuto ha potuto far rezza, in un g tavasi che d'

§ 2. *Influen nel criminale*

803. Dovre lire per prin dicata nel cri za sull'azione Escludian cui la parte parte civile c nitore; è be caso la stess irrevocabilm stessa quistio parti [3], po bene Ulpian *diverso gene*

Debbesi s pubblico ab minale. In stione se la sue conclus l'accusato di tiramente a lier [5] sosti gativa; ap statuito dall codice civil torità della aver luogo manda ha tra le stess l'oggetto d zialmente d zione pubb si riferisca ciocchè nel razione di dell'applica

(1) Vedi il numero 179 e seguenti.
(2) Vedi il numero 797.
(3) Vedi il num. 772.
(4) Legge 5, dig. *de exceptione rei judicatae*.
(5) Tomo, tomo X, nur

Digitized by Google

quanto concerne le parti, è chiaro che esse non sono le stesse, perocchè il ministero pubblico rappresenta bene la società, ma non rappresenta specialmente la parte civile, nè ha qualità per difendere i suoi interessi pecuniarii. I tribunali civili debbono quindi, secondo Toullier, considerare come *res inter alios acta* le decisioni profferite dai tribunali criminali.

Merlin, per l'opposto, ha sostenuto [1] e fa prevalere nella giurisprudenza il principio che la cosa giudicata nel criminale dev'essere considerata come giudicata nel civile. Egli oppone ai ragionamenti di Toullier la grave considerazione, che sarebbe ben deplorabile poter fare dichiarare nel civile l'innocenza di un uomo caduto sotto la mannaja. Quando poi Toullier risponde che l'innocenza può essere stata riconosciuta, egli prova troppo, poichè per essere conseguenti in tal caso bisognerebbe permettere al condannato di domandare la revisione della sentenza che l'ha colpito, revisione che non è ammessa se non in casi eccezionali. Secondo Merlin deve considerarsi il pubblico ministero, quando intenta l'azione criminale, come rappresentante di tutti gl'interessi, tanto generali che privati, per la parte relativa alla comprovazione giudiziale dell'esistenza del reato.

Secondo una terza opinione, emessa dal signor Zachariae [2], il ministero pubblico non rappresenta, è vero, la parte civile, ma, cosa equivalente, i tribunali criminali hanno esclusivamente giurisdizione per decidere se esista un corpo di delitto, e se l'accusato o l'imputato sia l'autore dei fatti a lui addebitati. Questa opinione, alla quale taluni scrittori affettano di attribuire un'estrema importanza, equivale in ultima analisi a quella di Merlin. Che importa che non si consideri il pubblico ministero come rappresentante della parte civile, se, in sostanza, la quistione civile trovasi pregiudicata dalla sentenza resa, sulle di lui conclusioni, dalla giurisdizione criminale?

804. Qualunque siasi l'opinione più ragionevole, per colui che si colloca sul campo della pura teoria, è difficile negare che in dritto positivo non siavi una quantità di argomenti in sostegno della dottrina, secondo la quale il criminale pregiudica il civile. E primieramente come spiegare, nell'opinione opposta, la disposizione [codice d'istruzione criminale articolo 3-5] che sospende l'esercizio dell'azione civile, finchè non siasi pronunziato diffinitivamente sull'azione *pubblica*, intentata prima o durante l'esercizio dell'azione civile? Si dirà forse che il legislatore non si è preoccupato del giudice civile, ma del giudice criminale; che egli ha temuto il pregiudizio morale che potrebbe far nascere nella mente di quest'ultimo la sentenza civile? Ma allora, per essere conseguenti, avrebbesi dovuto, all'inverso di quello che si pratica nelle quistioni di stato [codice civile articolo 327-249], dire che l'azione civile non potrebbe giammai cominciare prima della sentenza diffinitiva sull'azione pubblica; perciocchè quando havvi una sentenza civile profferita prima d'iniziarsi l'azione criminale, si ricade nello stesso inconveniente di cui il legislatore è stato, si dice, si vivamente colpito. È più naturale scorgere nell'articolo 35 l'applicazione

(1) Vedi principalmente le sue *Quistioni di dritto*, v. *Falso*, § 6.

(2) § 769, 2°, num. 4.

Digitized by Google

reciproca del principio secondo il quale la soluzione delle quistioni pregiudiziali civili lega il tribunale criminale; cioè la consagrazione della regola che le decisioni dei tribunali criminali pregiudicano l'azione civile [1].

Vi sono taluni testi formali che suppongono l'esistenza di questa regola. Così, l'articolo 198 [*sopp.*] del codice civile vuole che, acquistata una volta la pruova d'una celebrazione legale del matrimonio in seguito d'un procedimento criminale, l'inscrizione della sentenza sui registri dello stato civile assicuri tutti gli effetti civili al matrimonio. Or perchè i procedimenti criminali dovrebbero avere, in fatto di matrimonio, un'estenzione negata ad essi in qualunque altra materia? Si dirà forse che il codice civile suppone necessariamente che gl'interessati siansi costituiti parti civili innanzi la giurisdizione criminale.? Ma il testo non può essere più generale, ed ogni distinzione che vuol farsi sull'applicazione dello stesso è completamente gratuita.

L'articolo 235 [*sopp.*] del codice civile, che Toullier invoca in suo favore, appresta, per l'opposto, contro di lui un argomento decisivo, quando si rimonti alla parte storica di quest'articolo. Trattavasi di determinare che cosa avrebbe dovuto praticarsi, quando i fatti, allegati dal conjuge attore nel divorzio per causa determinata, avessero dato luogo ad un procedimento criminale da parte del pubblico ministero. Si propose nel consiglio di Stato di far precedere la sentenza criminale da quella civile; ma si rispose che sorgerebbero gravi inconvenienti se si facesse dipendere il procedimento criminale dall'esito del divorzio. Il sig. Portalis, per conciliare le diverse opinioni, propose di decidere che la sentenza criminale non fosse pregiudiziale, per lo meno relativamente all'attore; perciocchè potrebbero esservi sufficienti fatti per pronunziare il divorzio, senza essere però sufficienti per far profferire una pena. Da ciò la redazione dell'articolo 236 [*sopp.*]: « Se taluni « dei fatti allegati dal conjuge at« tore danno luogo ad un procedi« mento criminale per parte del pub« blico ministero, l'azione di divor« zio resterà sospesa sino all'arresto « della corte di assise; dopo di che « essa potrà essere ricominciata sen« za che possa trarsi dall'arresto al« cun motivo d'inammessibilità o « eccezione pregiudiziale contro lo « sposo attore. » Questa disposizione, introdotta in materia di divorzio, ed applicabile oggi, per identità di motivi, alla separazione personale, non fa che confermare il principio generale dell'influenza delle decisioni criminali sugl'interessi civili; principio che sussiste in tutta la sua forza contro il conjuge convenuto, in faccia al quale i fatti sono definitivamente provati, pel solo fatto d'avere riportato una condanna criminale.

Finalmente, per confermare questo stesso principio, si cita l'articolo 463-449 del codice d'istruzione criminale, il quale vuole che quando taluni atti autentici sono stati dichiarati falsi in tutto o in parte, il tribunale criminale ordini che gli stessi siano *ristabiliti*, *cancellati o riformati*: il che suppone fuor d'ogni dubio che gl'interessi civili non rimangono intatti dopo la decisione criminale. Tuttavia questa è una disposizione di cui non bisogna esagerare l'estenzione. Per quanto concerne la parte condannata, gli è

(1) Vedi un arresto di rigetto del 17 marzo 1813.

Digitized by Google

interdetto per sempre di fare uso del documento dichiarato falso, e può essere condannata ai danni ed interessi dalla giurisdizione civile alla sola vista della decisione criminale; ma i terzi ai quali questo documento può servire di titolo, non potrebbero essere colpiti da una condanna alla quale sono rimasti estranei: se ciò non fosse, bisognerebbe ammettere il loro intervento, il che complicherebbe gravemente l'andamento della procedura dinanzi la corte di assise. Questo è stato deciso dalla corte suprema cogli arresti di annullamento del 28 dicembre 1849, e di rigetto del 24 gennajo 1850 [1]. Non bisogna quindi attribuire al giudicato criminale un effetto troppo assoluto: esso non pregiudica la quistione civile se non contro il condannato: se fosse altrimenti, come dice egregiamente Merlin, io perderei irrevocabilmente la proprietà di un oggetto, non per altro che per essersi deciso nel criminale, tra Pietro e Paolo, che Pietro è proprietario di quest'oggetto, e che Paolo glielo ha rubato. Per questa ragione l'articolo 463-449 non riproduce la facoltà di ordinare la distruzione materiale dell'atto, la *soppressione*, la *lacerazione*, autorizzata nelle materie civili dall'articolo 241-336 del codice di procedura. La corte di cassazione ha quindi deciso [2] che la radiazione o riforma « non ha per risultato di distruggere o d'annientare l'esistenza materiale degli atti autentici che sono stati dichiarati falsi, ma ha per effetto di colpirli d'un segno di riprovazione, che renda avvertiti della loro falsità e tolga loro il carattere autentico ed obbligatorio in favore del condannato. »

805. Anche in ciò che concerne il condannato, l'influenza sul civile della cosa giudicata nel criminale deve combinarsi col principio di ragione il quale vuole che l'autorità della cosa giudicata sia limitata a quello che è stato formalmente deciso dalla sentenza. Si sono quindi nella pratica stabilite talune distinzioni, che la discussione di Merlin e Toullier ha contribuito a far maggiormente spiccare, e secondo le quali il primo modificò poi la sua stessa teorica. Possono concepirsi infatti tre ipotesi:

O la decisione ha dichiarato la colpabilità dell'accusato;

O ha dichiarato la non esistenza del fatto a lui addebitato;

O ha semplicemente dichiarato la di lui innocenza.

806. Quando si dichiara che l'accusato è colpevole, la regola che vede nel pubblico ministero il rappresentante di tutti gl'interessi, tanto pubblici che privati, si applica in tutta la sua forza. « Una sentenza « profferita nel criminale, » diceva li 19 marzo 1817 il signor Mourre, successore di Merlin nella carica di procurator generale della corte di cassazione, « non è un atto or« dinario dell'autorità pubblica, che « non abbraccia, come la maggior « parte delle sentenze civili, se non « taluni privati interessi, e che non « si riferisce se non a taluni dati « individui: essa è un monumento « eretto nel seno della società, che « deve attirare tutti gli sguardi e col« pire tutte le menti: essa è un mo« numento sul quale s'imprime una

(1) Vedi nello stesso senso Merlin, *Repertorio*, v. *Testamento*, sezione V, § 2.

(2) Arresto del 28 dicembre 1849.

« verità pubblica [1]. » Un arresto di rigetto del 5 maggio 1818 si pronunziò nel senso di questa teorica[*].

807. Avviene lo stesso, in senso inverso, nella seconda ipotesi, quando si è formalmente deciso che il fatto imputato non esiste, o che è stato commesso da un'altra persona. Questa ipotesi si presenterà difficilmente oggi nell'alto criminale, perocchè la sentenza [*verdict*] del giurì, nella sua forma ordinaria, statuisce sulla colpabilità dell'accusato in generale, e non sull'esistenza del fatto criminoso, come praticavasi nel dritto intermedio. Ma le sentenze di polizia correzionale, le quali sono motivate, possono dichiarare, per esempio, non solamente che lo imputato non è reo di furto, ma benanco che il furto non ha esistito. In simil caso la corte di cassazione decise, con arresto di rigetto del 17 marzo 1813, che l'azione civile per furto non è più ammessibile. È questa l'applicazione reciproca e necessaria della regola secondo la quale le condanne ottenute dal solo pubblico ministero giovano alle parti interessate (**).

808. Ma quando l'accusato è semplicemente dichiarato non colpevole, secondo la formola ordinaria, della sentenza del giurì, tale decisione negativa si spiega per la sola ragione che esiste dubbiezza nella mente dei giudici, o sull'esistenza del fatto, o sulla reità dell'agente.

Se non è lecito ai giudici civili mettersi in contradizione con quello che è stato deciso dai giudici criminali, non è loro vietato di darsi alla ricerca della verità, quando questi ultimi l'hanno lasciato incerta. Altronde, la non colpabilità secondo la legge penale, la quale ordinariamente non punisce se non il dolo, non trae seco per nulla la mancanza di reità agli occhi della legge civile [2], la quale tien conto delle colpe anche lievi, quando arrecano danno ad altri [codice civile articolo 1382-1336]. Questo risulta formalmente dalle disposizioni del codice d'istruzione criminale [articoli 358, 359, 366], i quali autorizzano espressamente la corte, nei casi di assoluzione o di condanna, a statuire sui danni ed interessi pretesi dalla parte civile(***). Or se que-

(1) Bisogna nondimeno riconoscere, dopo gli arresti del 1849 e del 1850 da noi pur ora citati, che la teoria del signor Mourre è troppo assoluta. La quistione non è pregiudicata dalla decisione criminale se non relativamente al condannato. Non havvi dunque esagerazione quando si scorge in una tale decisione *un monumento sul quale s'imprime una verità pubblica*.

(*) Vedi nello stesso senso: Merlin, *Repertorio*, v. *cosa giudicata*, § 15; e v. *Non bis in idem*, n. 15 e 16, e *Quistioni*, v. *Falso*, § 6; Duranton, t. XIII, numeri 494, 495 a 497; Mangin, dell'*Azione pubblica*, t. II, num. 423 e seg.; Dalloz, t. IV, n. 239 e seg.; Zachariae, § 770; Bruxelles, 26 ottobre 1846, 27 febrajo 1818 e 13 maggio 1820. Vedi in senso contrario: Toullier, t. XIII, num. 240 e seg.—*Il Traduttore*.

(**) Vedi nello stesso senso Zachariae, *loc. cit.*—*Il Traduttore*.

(2) Nondimeno i danni ed interessi dovrebbero essere motivati, non da una colpa, ma dalla colpabilità richiesta dalla legge penale. È nota la celebre causa *Souetme*, in cui l'accusato dopo essere stato dal giurì dichiarato non colpevole di omicidio, era stato condannato a cinquemila franchi di danni ed interessi, perchè aveva *volontariamente e fuori del caso di legittima difesa* dato un colpo che avea recato la morte. L'arresto della corte di Orléans che si era in tal modo messo in opposizione colla sentenza del giurì, fu annullato il 24 luglio 1841.

(***) Questa facoltà non è per le nostre leggi concessa alla corte se non nel caso di condanna. V. l'articolo 298 della procedura penale.—*Il Traduttore*.

Digitized by Google

sto può farsi dalla corte di assise, la quale in simil caso funziona come una specie di giurisdizione civile annessa ad un tribunale criminale, perchè non potranno farlo in prosieguo i tribunali civili, quando la parte danneggiata, che non si era costituita parte civile, viene in prosieguo ad investirla del suo reclamo? Ci riesce impossibile scorgere una ragione per fare una distinzione tra le due ipotesi.

La corte di cassazione ha profferito un gran numero di decisioni nel senso di questa teorica, la quale non è più oggi contrastata nella pratica. Così un arresto di annullamento del 27 maggio 1840 decise che la soluzione negativa della quistione di falso emessa dal giurì non produce affatto una pruova legale della sincerità del documento impugnato di falso. Quando però, all' incontro, il giurì abbia pronunziato, non solamente sull'assenza di reità agli occhi della legge penale, ma sulla mancanza completa d' imputabilità, allora i principii da noi esposti sull' autorità della cosa giudicata nel criminale ripigliano tutto il loro vigore. Se il giurì, per esempio, ha dichiarato che l'accusato si trovava in uno dei casi di legittima difesa, non è più in potere nè della corte di assise, nè d'alcuna giurisdizione civile, accordare danni ed interessi per un fatto giudicato lecito. Egli è vero che non si possono da una sentenza del giurì dedurre delle conseguenze che non vi si trovino comprese; ma la si deve scrupolosamente rispettare quando è positiva. In un caso simile a quello da noi proposto, l'arresto di una corte di assise che si allontanò da questa regola, venne annullato li 19 dicembre 1817 [1].

809. Vedesi bene che noi, dietro l' esame del complesso delle disposizioni della legge, ammettiamo, da una parte, che la cosa giudicata nel criminale è sovranamente giudicata anche in vantaggio o in pregiudizio di coloro che volessero posteriormente intentare l'azione civile; *ma* che, da un'altra parte, per esservi cosa giudicata nel criminale, è necessario che non possa concepirsi alcun dubio sulla estenzione della decisione. Or, questo dubio non potrebbe esistere; 1° quando havvi soluzione affermativa sulla quistione di colpabilità[*]; 2° nel caso di una soluzione negativa, quando essa sia tale da escludere formalmente, o la materialità, o l'imputabilità, anche civile, del delitto. Una soluzione negativa, motivata in generale sulla non colpabilità, si estende solamente

(1) Si è censurata questa giurisprudenza, dicendo che può esistere legittima difesa, agli occhi della legge penale, ed eccesso della difesa, producente danni ed interessi, agli occhi della legge civile. Questa teorica trovasi consagrata nelle considerazioni di un arresto della corte di assise dell'Aveyron, del 12 novembre 1833, arresto che non è però in sostanza in opposizione colla giurisprudenza della corte di cassazione; perciocchè, non essendosi nella specie proposta la quistione di legittima difesa, la sentenza negativa del giurì poteva essere poggiata sopra motivi tali da non escludere l' imputabilità sotto il punto di vista della legge civile. Altronde, ci sembra impossibile dichiarare non colpevole, come se fosse nel caso di legittima difesa, colui che ha ucciso senza assoluta necessità; costui è scusabile solamente per la circostanza della provocazione. Non havvi quindi luogo ad aggiudicare danni ed interessi quando vi è stata veramente legittima difesa.

(*) Havvi soluzione affermativa d'imputabilità quando si è deciso che il minore di anni 16 ha operato senza discernimento: in tal caso il minore può essere tradotto innanzi il tribunale civile pel pagamento dei danni ed interessi. Bordeaux, 31 marzo 1852 (*Journal du Palais*, t. 1, 1853, pag. 379).—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

alla non colpabilità penale, e lascia intatto il dritto alle riparazioni civili, se vi ha luogo [*].

810. L'autorità irrefragabile che si attribuisce alle decisioni sovrane della giurisdizione criminale, non si attribuisce del pari ai semplici documenti emanati da una tale giurisdizione. È cosa indubitata che i processi verbali più regolari redatti da un uffiziale di polizia o da un cancelliere, non sono delle pruove legali innanzi le giurisdizioni civili. Un giudice civile può quindi, senza eccesso di potere, ricusare di ascoltare la lettura delle deposizioni raccolte in una istanza criminale [1].

Ma andremo noi più oltre e gli negheremo d'una maniera assoluta la facoltà di attingere gli elementi della sua convinzione in documenti di questa natura?

Un arresto di annullamento del 22 messidoro anno VII si era pronunziato nel senso di questa opinione. Sembra a primo aspetto che, essendo diverso il modo d'istruzione, e ben distinto lo scopo finale in ciascuna delle giurisdizioni, non si possa nel civile presentare un processo verbale d'informazione o un processo verbale di discussione, nello stesso modo come non si può adoperare nella corte di assise un esame testimoniale civile. Ma la giurisprudenza sembra oggi (2) riconoscere nel giudice civile un potere più esteso. Non havvi infatti alcuna disposizione legale che limiti i suoi mezzi d'informazione: egli può attingerli in un'altra istanza civile: e perchè mai adunque non potrebbe egli attingerli anche in una istruzione criminale relativa agli stessi fatti? In difetto di speciale divieto, non debbesi forse ricercare la verità per tutte le vie possibili? Se decidesi il contrario nel criminale relativamente ai documenti civili, ciò avviene perchè la legge ha voluto che il convincimento della reità si formi, in generale, sopra pruove orali, dietro una discussione in contradizione delle parti, e non dietro l'esame di documenti. Nulla di simile relativamente alla giurisdizione civile. Bisogna quindi lasciare a questa giurisdizione tutta la latitudine per la ricerca delle pruove. Bene inteso però che non potrebbero, nel civile, mettersi innanzi dichiarazioni ricevute davanti un tribunale criminale, quando tali dichiarazioni, per ragione della latitudine lasciata ai testimonii nell'amministrazione della giustizia penale, si versassero sopra punti che il codice civile vieta di provare con testimonii. Quando però, per l'opposto, la legge civile richiede una pruova testimoniale, come in materia di separazione personale, non sarà lecito supplire ad una tal pruova per mezzo di un processo verbale d'informazione, steso da un giudice d'istruzione sugli stessi fatti.

(*) Uniformi: Merlin, *Quistioni*, v. *Riparazione civile*, § 2, num. 3; Duranton, t. XIII, n. 486 e seguenti; Legraverand, *Legislazione criminale*, t. 1, n. 61; Rauter, *Trattato del dritto criminale*, t. II, num. 666; Mangin, dell'*Azione pubblica*, t. II, num. 423 e seguenti; Zachariae, § 670; Orléans, 23 giugno 1843; Gand, 11 giugno 1833 (*Giur. del Belgio*, anno 1833); Bruxelles, 7 dicembre 1836 (*Giur. del Belgio*, 1837).—*Il Traduttore.*

(1) Arresto di rigetto del 2 giugno 1832.

(2) Arresto di rigetto del 27 gennajo 1830 e del 26 novembre 1839.

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE QUARTA.

DELL'EFFETTO RETROATTIVO E DEL DRITTO INTERNAZIONALE IN MATERIA DI PRUOVA.

811. L'applicazione alle pruove delle regole sulla non retroattività delle leggi e sui rapporti di nazione a nazione, non dà generalmente luogo a positive difficoltà. Quando trattasi di conoscere quale legislazione debba applicarsi di due successive in uno stesso paese, ovvero di due legislazioni di paesi diversi, si è da molto tempo stabilita una distinzione essenziale. « Vi sono, dice Merlin (1), « due specie di formalità giudiziarie: « le une, che appartengono sola« mente all'istruzione, e sono esclu« sivamente relative alla procedura, « per la qual cosa i giureconsulti « le chiamano *ordinatoria litis*; le « altre che appartengono al merito « intrinseco della causa, di cui l'am« messione o la mancanza neutra« lizza o annulla l'azione, e che i « giureconsulti indicano colle espres« sioni *decisoria litis*. »

Potrebbe credersi, a primo aspetto, che bisogna collocare nella prima categoria tutto quello che è relativo alla pruova, per ragione dell'intima connessione che congiunge la pruova colla procedura. Però, sebbene sia vero che le leggi sulla pruova rientrano nei mezzi di applicazione del dritto, e costituiscono quello che Bentham chiama le leggi *addiettive* (2); pure, la pruova è per sua natura contemporanea al fatto che si deve provare, mentre la procedura è sottoposta a regole speciali, e di conseguenza, in principio generale, per l'ammessibilità della pruova (*decisorium litis*), bisogna appigliarsi alla legge del tempo e del luogo ove è avvenuto il fatto che trattasi di provare. All'incontro per la procedura della pruova (*ordinatorium litis*), non meno che per qualunque altra procedura, dovrassi, per regola generale, seguire la legge del tempo e del luogo in cui risiede il tribunale investito della controversia. Un arresto consolare del 5 fruttidoro anno IX consagra implicitamente questa distinzione, quando statuisce in questi termini: « Tutto « quello che è relativo all'istruzione

(1) Repertorio, v. *Effetto retroattivo*, sezione III, § 8.

(2) Vedi il num. 3.

Digitized by Google

« delle cause sino alla loro diffini-« zione, si regola giusta le forme « novelle, senza ledere il principio « della non retroattività, il quale « si è sempre esclusivamente appli-« cato al merito della causa (1). »

812. Il signor Mittermayer (2) è il solo giureconsulto di rilievo, a nostra conoscenza, il quale voglia che si applichi sempre la legge del tempo e del luogo in cui risiede il tribunale investito della controversia. Il principale motivo sul quale egli si appoggia si è che la pruova non ha, per iscopo se non di convincere il giudice, e che il giudice non può attingere il suo convincimento se non negli elementi autorizzati dalle leggi del suo paese.

Il signor Mittermayer ha ragione nel senso che non è lecito prendere ad impreatito dal dritto antico o da leggi straniere, modi di verificazione assolutamente riprovati dalla legge in vigore nel luogo ove il tribunale risiede. Così, quando il *congresso* venne abolito in Francia (3), non avrebbesi potuto chiederne l'applicazione alle cause anteriori all'abolizione; ed anche nel tempo in cui esso esisteva in Francia, una donna francese non avrebbe potuto, in un paese in cui esso era respinto, reclamarlo contro il marito, sotto il pretesto che lo statuto a lei personale gliene dava formalmente il dritto. La stessa decisione avrebbe dovuto incontrastabilmente applicarsi quando i nostri re soppressero il combattimento giudiziario. Ma queste sono ipotesi interamente eccezionali. In generale, le disposizioni della legge che bandiscono talune pruove, non hanno se non una forza interamente relativa; esse respingono tali pruove come pericolose in taluni paesi ed in taluni tempi, e non come contrarie all'ordine pubblico ed ai buoni costumi. Non havvi alcuna cosa che si opponga al sistema della legge, quando si *applicano* siffatte regole ad un'epoca in cui tali restrizioni non si reputarono necessarie, ovvero a stranieri nel paese dei quali le stesse restrizioni sono sconosciute. Il signor Mittermayer ha preso l'eccezione per la regola, adottando questa nuova teorica, opposta ad una giurisprudenza costante, e manifestamente contraria all'equità. E di vero, è egli ragionevole sottoporre colui che contratta oggi

(1) Havvi nondimeno un arresto di annullamento, profferito li 4 ottobre 1817, ai termini del quale i misfatti commessi sotto una legislazione anteriore dovrebbero essere giudicati colle antiche forme d'istruzione, e colle guarentigie da esse risultanti per gli accusati. Ma in questo debbesi scorgere una decisione di circostanza, tendente a limitare la giurisdizione delle corti istituite nel 1815.

Da quell'epoca in poi la corte suprema ha deciso parecchie volte, e precisamente con un arresto di rigetto del 12 ottobre 1848, che « in qualunque materia le leggi di « procedura ed istruzione sono obbliga-« torie dal giorno della loro promulga-« zione, tanto per le cause cominciate che « per quelle da cominciarsi. » Come disse molto acconciamente il signor Dupin nella discussione della causa che diè luogo a quest'arresto: « quando nel 1790 si sop-« pressero tutti gli antichi tribunali, un « individuo accusato d'un fatto commesso « prima d'un tal cambiamento non avrebbe « potuto pretendere d'essere piuttosto giu-« dicato dall'antica *Torricella* criminale « del parlamento. Quando si soppresse « il giurì di accusa, quelli che erano al-« lora sotto imputazione, non avrebbero « potuto chiedere che se ne fosse fatta « tuttavia per essi l'applicazione. » Vedi nello stesso senso il decreto dell'Assemblea costituente, in data del 22 gennajo 1849.

(2) Archivii della giurisprudenza in materia civile, tomo XIII, pag. 315.

(3) Vedi il num. 81.

Digitized by Google

alle regole che reggeranno l'avvenire, ovvero colui che contratta in Inghilterra alle leggi che reggono la Francia?

813. Veggiamo con quali modificazioni debbano applicarsi i principii da noi esposti, primieramente ai fatti avvenuti sotto l'impero delle antiche leggi, indi alle relazioni internazionali.

SEZIONE PRIMA.

Effetto retroattivo.

814. Giusta la distinzione da noi stabilita tra i punti che toccano il merito della causa, e quelli che concernono solamente la forma, quando trattasi dell'ammessibilità di un dato genere di pruova, e precisamente di quella testimoniale, bisogna risalire all'epoca in cui sono avvenuti i fatti dei quali si vuole stabilire l'esistenza. La virtuale adozione fatta dalle parti di taluni modi di pruove per comprovare quello che è avvenuto, costituisce essa stessa una convenzione implicita, sulla quale la legge novella non deve reagire. Questo è stato deciso dalla corte di cassazione in una moltitudine di casi, principalmente in un arresto di rigetto del 16 agosto 1831, ove essa stabilisce come principio « che il modo « di pruova d'una convenzione non « dipende dalla forma del procedi- « mento; che esso si lega essenzial- « mente al merito; che, di conse- « guenza, la legge che deve consul- « tarsi è quella del tempo in cui le « parti fanno risalire una tale con- « venzione. » In un'altra specie, ove il dubio poteva essere maggiore, perocchè trattavasi di provare, non già una convenzione, ma il possesso di un dritto di uso, la stessa corte decise del pari [1] che « il modo di « pruova dei fatti di possesso, es- « sendo relativo alla sostanza del « dritto, doveva essere regolato colla « legge del tempo al quale tali fatti « si riferivano. » La corte di Bruxelles ha applicato lo stesso principio (2) alla pruova anche di un punto di dritto, autorizzando le parti a far pruova con atti di notorietà dell'antica giurisprudenza della contea di Namur, sopra un punto controverso sotto l'impero della consuetudine di essa contea. Per quanto strano possa sembrare questo genere di pruova nelle nostre abitudini moderne, non avrebbesi potuto nella specie ricusarne l'amministrazione, senza commettere un reato di denegata giustizia (3) [*].

815. Quando, all'incontro, trattasi di regole che reggono la procedura della pruova, la sola legge nuova deve applicarsi alle domande formate dopo la sua promulgazione (4).

(1) Arresto di rigetto del 23 maggio 1832.

(2) Arresto del 15 febbrajo 1810.

(3) Vedi anche un arresto della corte di Bruxelles, del 24 luglio 1810.

(*) Uniformi: Teullier, t. 1, titolo preliminare, sezione 6, num. 72; Domat, tomo 2, num 13 e seg.; Dalloz, v. *Leggi*, sezione 3, art. 1; Chabot, *Quistioni transitorie*, v. *Dritti acquistati*; Teulet e Sulpicy, *Codice francese annotato*, art. 2; Blondeau, *Saggio sull'effetto retroattivo*, inserito nella *Themis*, t. 7, pag. 289 a 334; Demolombe, capo, 3, art. 2, n. 57 e seg.; Bruxelles, 11 febrajo 1809; Colmar, 19 termidoro anno 12; Bordeaux, 26 gennajo 1811. Vedi pure nello stesso senso, gran corte civile di Palermo, 8 novembre 1819, causa *Franchina* e *Bentiley*; 10 dicembre 1819, causa *Vico e Paino*, e 19 aprile 1820, causa *Burgio* e *Scavuzzo*; Corte suprema di Napoli, 4 dicembre 1824, 20 gennajo, e 8 agosto 1829. —*Il Traduttore.*

(4) Vedi il num. 817, nota 3.

Digitized by Google

Così, il modo di amministrazione della pruova testimoniale, per fatti avvenuti sotto l'impero delle vecchie leggi, dev'essere regolato dal codice di procedura, quando l'esame testimoniale si apre sotto l'impero di questo codice. Per quanto concerne le liti anteriormente intentate (1), una disposizione formale del codice di procedura civile (articolo 1041), conserva l'applicazione delle leggi antiche, e la legge del 28 maggio 1838, nelle sue disposizioni preliminari, è concepita nello stesso spirito, quando applica il novello modo di regolamento dei fallimenti a quei soli dichiarati dopo la sua promulgazione. Se le convenienze pratiche possono giustificare simili decisioni transitorie, bisogna nondimeno riconoscerlo, questa non è un'applicazione rigorosa dei principii della materia, perciocchè le liti incominciate non costituiscono un dritto acquistato a tale o tal'altra forma d'istruzione (2), e, come dice Merlin (3), « se la legge novella non di«spone altrimenti, tutti gli atti che « si fanno posteriormente debbono « essere regolati da essa, nelle pro« cedure cominciate prima della sua « pubblicazione. » Questo è stato positivamente deciso dalla corte di cassazione, applicando alle istanze già incominciate le forme introdotte dal codice civile relativamente alla perizia in materia di rescissione di vendita per causa di lesione (4). Avverrebbe altrimenti, ai termini di un arresto di rigetto del 22 luglio 1806, se la stessa perizia fosse già cominciata, perocchè allora, come disse il pubblico ministero alla corte di cassazione, « un atto di procedura « composto di più procedimenti, al « pari dell'atto più semplice, dev'es« sere portato a compimento secondo « le leggi che ne hanno regolato il « principio; perocchè, se ciò non « fosse, vi sarebbe *distruzione delle* « *cose fatte*, e sotto questo rapporto « alterazione di dritti acquistati. »

(1) Tuttavia, ai termini d'un avviso del consiglio di Stato del 16 febrajo 1807, gli appelli, pignoramenti ec., formati dopo la promulgazione del codice di procedura, sono il *principio di una procedura nuova* che s'introduce in seguito ad una precedente, e debbono di conseguenza essere esclusivamente regolati dallo stesso codice.

(2) Noi non potremmo piegarci alla teorica sostenuta da Real, nell'esposizione dei motivi della legge transitoria del 26 germile anno XI, teorica secondo la quale *il dritto è acquistato a colui che ha formato la domanda*. La sola sentenza costituisce un dritto acquistato. Ai termini della novella 19, la nuova legge deve solamente rispettare quello che è stato terminato *decreto judicum*, e la giurisprudenza antica e moderna è in questo senso (vedi la legge del 14 fiorile anno XI, articolo 3; codice civile articoli 1211-1153, 1262-1216, 1263-1217). Nel decidere che le domande di divorzio formate prima della promulgazione del codice civile continuerebbero ad essere istruite *conformemente alle leggi che esistevano all'epoca della domanda*, leggi sì facili pel divorzio, la legge del 26 germile aveva per iscopo, non di consagrare un principio, ma di preparare la transizione tra la legislazione rivoluzionaria e quella del codice civile. Quand' anche vi fosse stato un dritto acquistato al divorzio, non poteva certamente esservi dritto acquistato all'istruzione della domanda del divorzio secondo la tale o tal'altra forma. A noi sembra, per l'opposto, che la legge abolitiva del divorzio non abbia fatto altro che usare del dritto che appartiene al legislatore, quando essa convertì la domanda di divorzio per cause determinate in domande di separazione personale, ed annullò tutti gli atti fatti per arrivare al divorzio per mutuo consenso (legge delli 8 maggio 1816, articoli 2 e 3).

(3) Repertorio, v. *Effetto retroattivo*, sez. III, § VII, num. 1.

(4) Arresto di rigetto del 23 febbrajo 1807 e del 25 luglio 1831.

Digitized by Google

816. Tuttavia, come abbiamo osservato (1), talune pruove possono essere respinte dalla legge d'una maniera assoluta, siccome quelle che offrono più scandalo che vantaggio reale; ed in tal caso la legge novella riceve l'applicazione sua, anche agl'interessi che erano nati prima della promulgazione della stessa. Questo è incontrastabile nel caso in cui il modo di pruova è soppresso come immorale, come avvenne quando fu pronunziata dal parlamento di Parigi l'abolizione del *congresso*. Parimente, nel sistema da noi adottato colla corte di cassazione, e secondo il quale non si ammettono le indagini di una filiazione incestuosa o adulterina, neanco per ottenere alimenti (2), non è permesso di fare stabilire dai tribunali civili gl'incesti o gli adulterii anche commessi sotto l'impero delle vecchie leggi, come non si potrebbero, in simili ipotesi, dirigere procedimenti criminali contro l'incesto. La corte di Grenoble si pronunziò in questo senso, li 12 giugno 1831; nel rigettare il ricorso contro questa decisione (3), la corte di cassazione, senza affrontare nel merito la quistione, si appigliò ad un mezzo d'inammessibilità, attinto nella legislazione transitoria della quale or'ora ci occuperemo.

817. Per quanto concerne la filiazione semplicemente naturale, lo scandalo è meno grave, e potrebbe comprendersi che la pruova, sotto questo rapporto, restasse regolata dalla legge dell'epoca alla quale rimonta la filiazione che vuolsi impugnare. Tale si è benanco la teoria ammessa in tesi generale da Merlin (4). Ma, per quanto riguarda la transizione dal dritto anteriormente esistente al codice civile, la quistione ha ricevuto una soluzione differente, ai termini della legge del 12 brumale anno II (5).

Le disposizioni di questa legge, la prima che abbia vietato le indagini sulla paternità naturale [6], distinguono tre classi di figli naturali: 1° quelli di cui il padre era morto prima della pubblicazione delle leggi che diedero a questi figli dritti di successione: in faccia ad essi non havvi retroattività [7]; essi hanno solamente dritti ad alimenti, ma possono fare indagini sulla paternità con tutti i mezzi ammessi dall'antica giurisprudenza (8); 2° quelli di cui il padre sopravvisse alla pubblicazione delle stesse leggi; costoro profittano del beneficio del dritto intermedio, ma a condizione di provare la filiazione, o per mezzo di scritture pubbliche o private, o per mezzo del possesso di stato (9). Per una specie di compensazione, poco conforme ai principii di una stretta

(1) Vedi il num. 812.
(2) Vedi i num. 168 e 491.
(3) Arresto del 6 febrajo 1833.
(4) Quistioni di dritto, v. *Legittimità*, § 2.
(5) Questa legge doveva far parte del codice civile, del quale occupavasi allora la Convenzione. Questo spiega la ragione per la quale in essa rinviavasi sovente al codice civile, di cui consideravasi sovente la promulgazione come prossima, sebbene non si fosse poi realmente pubblicato se non dieci anni dopo. Questo ritardo, che il legislatore non aveva preveduto, tenne in sospeso ben molti interessi, i quali si trovarono determinati posteriormente, non solo relativamente alla loro quotità, ma benanco alla loro pruova, dalla nuova legislazione.
(6) Vedi il num. 175.
(7) Per lo meno giusta la legge del 15 termidoro anno IV, abolitiva delle disposizioni che facevano rimontare l'effetto della legislazione rivoluzionaria al 14 luglio 1789.
(8) Arresto di annullamento del 14 termidoro anno VIII.
(9) Legge di brumale, articolo 8.

Digitized by Google

giustizia, la legge di brumale era più severa per la pruova della filiazione, mentre attribuiva nel tempo stesso vantaggi considerevoli a questa filiazione. Vi sarebbe stata contradizione ad accordare gli alimenti, conformemente ai principii dell'antico dritto, al figlio che avesse stabilito la paternità per mezzo della pruova testimoniale, ed a ricusare a questo stesso figlio i dritti di successione (1); or, precisamente non si è voluto andare sino a questo punto [2]; 3° quelli di cui il padre è sopravvissuto alla promulgazione del codice civile, e di cui la condizione è interamente regolata da questo codice, tanto per l'estenzione che per la pruova del loro dritto (3). Nondimeno la promulgazione del codice civile non ha potuto colpire le convenzioni e le sentenze che hanno acquistato la forza della cosa giudicata [4].

Per quanto concerne poi la condizione prescritta dal codice civile pel riconoscimento dei figli naturali, l'autenticità, bisogna osservare che è sufficiente che essa esista secondo le forme usate all'epoca della redazione dell'atto. Come nelle relazioni internazionali si dice *locus regit actum*, così qui bisogna dire: *tempus regit actum*. Questo è stato deciso dalla corte di cassazione, con arresto di rigetto, profferito, a sezioni riunite, li 14 fiorile anno XII, in un caso, che il titolo di riconoscimento del figlio era il suo atto di nascita, steso, nel 1787, dal sacerdote che adempiva allora le funzioni di uffiziale dello stato civile (1).

818. In materia criminale, il principio che la pruova dev'esser quella del tempo in cui i fatti sono avvenuti, riceve la sua applicazione quando si tratta di quistioni civili pregiudiziali. Ma la pruova di un delitto, tanto dinanzi ai tribunali criminali, che dinanzi ai tribunali civili, dev'essere esclusivamente regolata dalla legge novella. Qui non trattasi di sapere quale pruova le parti abbiano dovuto avere di mira; la nuova legge, quando rende la pruova più agevole pel ministero pubblico o per la parte offesa, non pone a calcolo la speranza illecita che il colpevole ha potuto concepire di non essere scoperto, stando alle disposizioni della legge esistente. Così, la massima *testis unus, testis nullus*, non ha potuto invocarsi da quelli che avevano commesso un delitto in presenza di un solo testimonio, dopo che il nuovo dritto l'ha completamente respinto. Quando, all'incontro, si vietano all'accusa dei mezzi di pruova considerati dapprima come insufficienti, questi non si dovranno adoperare nè pei fatti passati, nè pei presenti. Qui l'interesse dell'accusato è d'accordo colla ragione, per rendere applicabile la legge novella. Così, la regola che non permette d'invocare contro l'imputato di complicità in materia di adulterio se non la fla-

(1) Se il figlio avesse intentato l'azione per indagare la paternità prima della pubblicazione della legge di brumale, la Convenzione, con decreto del 4 piovoso anno II, decise che egli conserverebbe il dritto a proseguire l'azione. Questa decisione, senza essere conforme al rigore del principio (num. 518, in nota) si concepisce come modificazione ad una legislazione infetta positivamente di retroattività.

(2) Merlin, *loc. cit.*; arresto di annullamento del 25 marzo 1806.

(3) Legge di brumale, articolo 10, e legge del 14 fiorile anno XI, articolo 1.

(4) La stessa legge del 14 fiorile znno XI, articolo 3.

(1) Vedi in questo senso una dissertazione in Sirey, 1831, parte 1, pag. 132.

Digitized by Google

granza e la corrispondenza [codice penale articolo 338], ha dovuto applicarsi anche agli adulterii commessi prima della promulgazione del codice penale.

SEZIONE SECONDA.

Dritto internazionale [1].

819. Si è da lungo tempo ammesso in Francia, che, essendo le regole sulla pruova del merito tendenti ad *litis decisionem* [2], bisogna in proposito seguire la legge del luogo ove le parti hanno contrattato. In tal modo Danty ci riferisce [3], che due arresti autorizzarono, sin dal secolo XVI, taluni inglesi litiganti in Francia a provare con testimonii un contratto formato in Inghilterra (4), di cui l'oggetto aveva un valore superiore a cento lire. Sarebbe avvenuto altrimenti, secondo lo stesso scrittore, se si fosse trattato di due inglesi che avessero contrattato in Francia, perciocchè essi avrebbero contrattato secondo la legge del paese dove facevano le loro convenzioni.

« Ogni paese, dice Merlin (1), ha « le sue leggi per le forme probanti « degli atti, e tali leggi sono tutte « poggiate sopra motivi diversi. Qui, « la pruova testimoniale è ammessa « indistintamente, perchè il legislatore ha prestato molta fiducia alla « veracità dei suoi sudditi; là, essa « è ristretta entro certi limiti, perchè l'esperienza ha provato che gli « abitanti si allontanano dalla verità; in un altro paese essa è quasi « ridotta a nulla, perchè si è osservato che la buona fede è ancor « più rara. In tal guisa in questa « materia tutto dipende dall'opinione « che ogni legislatore ha avuto dei « suoi sudditi, e per conseguenza « le leggi relative alla forma probante degli atti sono fondate sopra ragioni puramente locali e « particolari a ciascun territorio. « La sola legge del luogo in cui « l'atto è stato formato può attestarne la verità: quelle del domicilio « delle parti e della situazione dei « beni non hanno questo potere, perciocchè le ragioni che hanno determinato le loro disposizioni sono « assolutamente diverse da quelle « che hanno dettato le formalità prescritte nel luogo del contratto. » Tale erasi benanco la teorica di Dumoulin (1): « Est omnium doctorum « sententia, ubicumque consuetudo « vel statutum locale disponit de so-

(1) Vedi il libro II, titolo III, del *Trattato del dritto internazionale privato*, del signor Foelix, opera già citata, e che dev'essere consultata da chiunque voglia studiare profondamente le relazioni della Francia cogli altri paesi d'Europa, sotto il punto di vista del dritto privato.

(2) Vedi il num. 811.

(3) Addizioni al capo 1 di Boiceau, § 11.

(4) Il dubio sarebbe maggiore se l'inglese volesse in Inghilterra giovarsi di una convenzione stipolata in Francia conformemente alla legge francese, ma non ammessa dalla legge del suo paese. Nel passo del Repertorio indicato nel testo, Merlin c'insegna che gli scrittori erano altravolta divisi su questa quistione, e decide, anche in questo caso, che bisogna seguire la legge del luogo in cui l'atto è stato formato, legge che impera sovranamente sopra tutto quello che avviene nella sua giurisdizione. « Gli atti, ci dice, ricevono l'essere nel luogo in cui si sono « fatti; la legge del luogo dà ad essi la « vita; essa deve, di conseguenza, vestirli, « modificarli, regolarne la forma. È questa la riflessione di Paolo de Castro, « nel suo consiglio 13: *Statutum afficit « actus celebratos in loco statuentium, quia « dicuntur ibi oriri et nasci.* »

(5) Repertorio, v. *Pruova*, sezione II, § 3, art. 1.

(6) Consult. 43.

Digitized by Google

« lemnitate vel forma actus, legari « etiam exteros actum illum geren- « tes. »

820. Occupiamoci primieramente della pruova scritta.

Quando si redasse il codice civile, erasi proposto d' inserirvi questo principio generale: « La forma de- « gli atti è regolata dalle leggi del « luogo nel quale essi vengono fatti « o stesi. » Se questa disposizione non fu convertita in legge, ciò non avvenne perchè siasi la stessa impugnata nel merito, ma bensì perchè, da un lato, si è reputata inutile in Francia ove la stessa legislazione regge oggi tutto il territorio, e da un altro lato, nelle relazioni internazionali, si è temuto, che, se la si fosse stabilita in tal guisa d'una maniera generale, non fosse applicata abusivamente, anche alle condizioni di validità intrinseca, le quali non possono essere regolate dallo statuto locale. Del resto, lo stesso codice ha fatto l'applicazione di questa regola, relativamente agli atti dello stato civile [articolo 47-49] ed ai testamenti [articolo 999-995]. Veggiamo quindi quello che debbesi decidere relativamente agli atti, tanto autentici, che privati, fatti in paese straniero.

821. Gli atti fatti in paese straniero, dice Merlin (1) « innanzi gli « uffiziali pubblici dei luoghi, sono « considerati, anche in Francia, « come scritture pubbliche; essi fan- « no tra noi fede sino all'inscrizione « in falso. » Non è dunque esatto dire, d' una maniera assoluta, con Mornac (2): « Obbligatio extra Gal- « liam contracta, pro simplici chi- « rographo est in Gallia [3]. » Questo non è vero se non relativamente alla forza esecutoria, forza che non ha nulla di comune (4) coll'autenticità intrinseca riconosciuta nell'antico come nel nuovo dritto, *cogli* atti ricevuti all'estero secondo le forme del paese [5].

Si è mossa una grave difficoltà nel caso in cui la legge francese richiede non solo l'autenticità, ma benanco talune forme speciali, per esempio, l'assistenza di notai, quando trattasi di un testamento per atto pubblico (codice civile articolo 971-

(1) Repertorio, v. *Convenzioni matrimoniali*, § 1.

(2) Sulla legge ultima *dig. de jurisdictionibus*, n. 11.

(3) La stessa confusione si ritrova nell'articolo 121 dell'ordinanza del 1829, ai termini del quale i contratti provenienti dai regni esteri non debbono avere alcuna ipoteca nè esecuzione in Francia (vedi la nota di n. 5) e stanno in vece di semplici promesse.

(4) Vedi il num. 395.

(5) Per questa confusione dell'autenticità colla forza esecutoria l'articolo 2128 del codice civile, non vuole che i contratti fatti in paese straniero possano produrre ipoteca sui beni della Francia. Questa disposizione, ragionevole nell'antico dritto, secondo il quale l'ipoteca generale risultava dalla sola forma degli atti notarili, non si comprende più oggi che l'ipoteca è speciale, e non risulta se non da una convenzione espressa, la quale può essere ricevuta da un uffiziale straniero, come se si trattasse di una vendita o di una permuta (a).

(a) L'articolo 2014 delle leggi civili del nostro regno ha modificato la disposizione della legge francese, prescrivendo che i contratti fatti in paese straniero con atto autentico, secondo le leggi del luogo, possano produrre ipoteca sopra i beni esistenti nel regno, allorchè, fattone l'esame dal tribunale civile della provincia o della valle, inteso il pubblico ministero, con sentenza ne sarà ordinata l'iscrizione.

—Il codice sardo, all'articolo 2188, riproduce la disposizione della legge francese, aggiungendo solamente che i contratti ricevuti in paese straniero dai consoli del regno avranno, rispetto all'ipoteca, l'istessa forza di quelli ricevuti dai notai dello Stato.—*Il Traduttore.*

Digitized by Google

Noi l' abbiamo già osservato, l'istituzione del notariato, nel modo in cui essa è organizzata presso di noi, è tutt' altro che universale in Europa. Così, in Inghilterra, non esistono uffiziali pubblici per la redazione dei testamenti; basta la firma del testatore e di due testimonii, i quali, dopo la morte, si presentano a deporre, innanzi alla corte ecclesiastica, che essi hanno inteso manifestare dal testatore l' ultima sua volontà (1). Nondimeno la corte di cassazione (2) ha riconosciuto la validità del testamento di un francese fatto in Inghilterra, di cui la pruova era stata in tal guisa stabilita (3).

Secondo quest'arresto, bisogna intendere per autenticità, non le forme speciali dei nostri atti notarili, ma le solennità, qualunque esse siansi, usate nel luogo in cui il francese ha disposto. Rimane una quistione preliminare molto grave, che non è stata risoluta nella specie (4); se in simil caso la data del testamento debba contenere la menzione del luogo in cui è stato fatto: in caso diverso, si dice, si potrebbe far testamento in Francia adoperando le forme straniere. Egli è vero che presso di noi la legge del 25 ventoso anno 11, articolo 12, richiede la menzione del luogo in cui gli atti si sono fatti: ma, siccome noi moviamo dal principio *locus regit actum*, se lo statuto locale non richiede la indicazione del luogo (il che avveniva per la legge inglese relativamente al testamento), non si può richiedere tale indicazione in forza della legge francese; salva ai giudici la facoltà d' indagare se realmente l'atto siasi fatto in paese straniero.

822. L' applicazione delle forme locali è più controversa relativamente alle scritture private. Potendo ciascuno stendere simili atti da se solo, senza l' assistenza di uffiziali pubblici, potrebbe sostenersi che essi debbono essere regolati dalla legge del domicilio delle parti contraenti. Tale era altravolta, relativamente al testamento olografo, la dottrina di taluni scrittori, e precisamente del presidente Bauhier (5), dottrina che sembra confermata dall' articolo 999-925 del codice civile, ai termini del quale il francese che si trova in paese straniero è autorizzato, qualunque siasi lo statuto locale, a fare le sue disposizioni testamentarie in iscrittura privata.

Però siffatto sistema, quand'anche lo si supponga applicabile ai testamenti, non potrebbe essere applicato d' una maniera generale alle scritture private. E di vero, se si trattasse di un contratto sinallagmatico fatto in Parigi tra un inglese ed un tedesco, a quale legislazione ci appiglieremmo per la pruova? Bisogna di necessità attenersi al *forum contractus*. Per quanto concerne poi lo stesso testamento olografo, la regola dell'articolo 999-925 è un favore assolutamente speciale accordato al francese che si trova in paese straniero. Nelle relazioni delle diverse provincie dell' antica Francia, applicavasi altravolta costantemente la massima *locus regit actum*, quan-

(1) Statuto I° di Vittorio, capo 26, sezione 9.

(2) Arresto di rigetto del 6 febrajo 1843.

(3) Questa causa si trovava regolata da uno statuto più antico, il quale richiedeva tre o quattro testimonii: differenza che non ha importanza di sorta relativamente al merito della quistione. L'arresto del 1843 rigettò il ricorso contro la decisione della corte di Rouen citata nella nostra prima edizione, al num. 761.

(4) Si decise in fatto, che le indicazioni dell'atto provavano che esso erasi fatto in Londra.

(5) Consuetudine di Borgogna, capo 28, n. 20.

Digitized by Google

do colui che testava in una giurisdizione ritrovavasi domiciliato in un'altra (1). Di conseguenza debbesi permettere allo straniero che fa testamento in Francia, di adoperare la forma olografa, quand'anche essa non sia ricevuta nella legislazione del suo paese (2).

823. La pruova testimoniale è regolata dagli stessi principii della pruova scritta. « Colui che offre la pruova « testimoniale di un'obbligazione o « di una disposizione di ultima vo« lontà [3], dice il signor Foelix [4], « pretende adoperare questo mezzo « di pruova per supplire la pruova « più chiara e più precisa che ri« sulta dagli atti scritti: egli pre« tende, per così dire, costruire, « colle deposizioni dei testimonii, « un atto identico a quello che esi« sterebbe per iscritto, se la parte « che ha contratto l'obbligazione « l'avesse immediatamente steso in « iscritto. » Da ciò la conseguenza che bisogna riportarsi alla legge locale, per l'ammessibilità della pruova testimoniale. Nondimeno questa regola deve combinarsi coll'altra secondo la quale tutto quello che concerne la forma e l'istruzione è regolato dalla legge del paese in cui pende la lite. Così, quando un tribunale straniero incarica il giudice francese di raccogliere una pruova testimoniale, questo giudice deve dirigere l'esame dei testimonii secondo le forme della legge francese, e per quanto concerne il merito, deve attenersi alle prescrizioni della legge che regola le convenzioni delle parti.

824. La prestazione del giuramento dà anche luogo sovente nel dritto internazionale a commissioni rogatorie. Non si mette in dubio che la quistione dell'ammessibilità del giuramento debba essere regolata dalla legge che regge nel merito la controversia, e non da quella del paese in cui risiede il giudice chiamato a riceverlo; ma la formola del giuramento deve o pur no essere considerata come *decisoria litis?* Si dirà forse che la forma ed il merito sono inseparabili, perocchè la legislazione straniera non considera talune dichiarazioni come probanti se non quando siano state ricevute secondo un modo determinato?

È cosa indubitata che l'autorità del giuramento, essendo dipendente dall'opinione religiosa delle parti, può trovarsi più o meno affievolita secondo il senso in cui è concepita la formola. Così, nel Belgio, il modo di giuramento è pei cattolici: « Così « Dio mi ajuti, ed i suoi santi! » e pei protestanti: « Così Dio mi a« juti ed il suo santo Evangelo! » Quando un tribunale francese è incaricato da un tribunale del Belgio di ricevere il giuramento secondo le forme di questo paese, deve esso sostituire la formola generale della legge francese? Il tribunale di commercio della Senna lo decise in generale li 6 agosto 1833: « Attesoc« chè, in dritto, i tribunali francesi « non possono essere obbligati a ri« cevere un giuramento se non nelle « forme ordinarie ed usate, e se« condo l'uso del regno. » In fatto, il giuramento fu prestato secondo la

(1) Arresto del parlamento di Parigi del 15 luglio 1777; arresto di rigetto, a sezioni riunite, del 15 piovoso anno II.

(2) Parigi, 7 luglio 1845.

(3) Il codice di Baviera (lib. 3. capo 3, articolo 10) ammette un testamento nuncupativo in presenza di sette testimonii; ed il codice prussiano (titolo XII, parte I, articolo 172) la facoltà di obbligare validamente il proprio erede, a viva voce ed innanzi testimonii, a pagare legati sino a concorrenza della ventesima parte dell'eredità.

(4) *Dritto internazionale*, num. 33.

Digitized by Google

forma belga, per consenso della parte alla quale era stato deferito. Ma se questo accordio non avesse avuto luogo, la decisione della lite poteva divenire impossibile nel caso in cui la formola francese fosse stata giudicata insufficiente nel Belgio.

Quando i nostri giudici procedono per delegazione di giudici stranieri, conviene in generale adottare la formola che è la sola probante nel paese dei litiganti. Però, in principio generale, i nostri tribunali non potrebbero essere obbligati a ricevere qualunque specie di giuramento: si mancherebbe alla dignità della giustizia se si consagrasse in tal modo qualunque specie di superstizione, sino alla più materiale idolatria.

In un'altra decisione, del 29 ottobre 1829, il tribunale di commercio della Senna adottò una via media tra la formola francese e quella della quale gli si chiedeva l'uso. Invitato dal tribunale di commercio di Colonia, a ricevere il giuramento di negozianti israeliti *more judaico* [1], esso dichiarò nella sentenza che, « sebbene si dica [nella com- « messione rogatoria], che il giura- « mento sarà prestato secondo le « forme prescritte dalla religione giu- « daica, pure per tali forme non « possono intendersi se non quelle « che sono capaci di essere praticate « nel recinto dell'udienza; per tali « motivi il tribunale ordina che, con- « formemente alle prescrizioni della « legge giudaica, i signori...prestino « il giuramento richiesto da loro, « ponendo la mano sul Decalogo, « secondo l'uso di tale religione. » Il tribunale di Colonia si contentò del giuramento prestato in tal guisa.

825. Noi opiniamo benanco che, quando una ricerca è respinta come scandalosa dalla legge francese, non debbesi ammetterla, neanco per gli stranieri. Per una conseguenza naturale di quello che noi abbiamo deciso in materia di retroattività, le indagini sulla paternità non ci sembrano ammessibili contro i non nazionali, quand'anche sia permessa dalla legge del paese loro. Egli è vero che l'articolo 196 del codice del cantone di Vaud non ammette l'azione di paternità di una vodese contro uno straniero, se non quando l'aggiudicazione della domanda fosse valida nel paese cui lo straniero appartiene; ma questa disposizione non è affatto l'applicazione rigorosa dei principii sulla materia, e potrebbero benissimo considerarsi le leggi protettrici dell'onore delle donne come leggi di polizia e di sicurezza, che obbligano coloro che abitano nel territorio [codice civile articolo 3-5]. Checchè ne sia, dall'essere il codice di Vaud più favorevole agli stranieri che ai nazionali, non si deve conchiudere che l'inverso debba essere ammesso presso di noi, e che una francese possa, quando non riuscisse ad appigliarsi ad un francese, dichiarare con effetto uno straniero autore della sua gravidanza, non per altro che per essere simili reclami permessi dalla legge dello straniero. Lo spirito della nostra legislazione, che proscrive simili indagini, perchè le considera, o bene o male, come inutili e scandalose, deve fare applicare la regola d'una maniera assoluta.

826. Finalmente, in materia criminale, essendo la giustizia, in generale, territoriale, e non personale, i delitti pei quali si procederà contro stranieri, saranno stati quasi sempre commessi nel nostro territorio, e le pruove saranno di conseguenza quelle ammesse dalla legge francese. Non si comprende, in simil caso, l'applicazione d'una legge stra-

(1) Vedi il num. 352.

Digitized by Google

niera, se non quando si trattasse di una quistione pregiudiziale, relativa a convenzioni fatte in paese straniero. Bisogna altronde notare che, sottoporre alla legge penale francese, per la pruova, come pei resto dell'istruzione, gli stranieri che commettono un reato sul territorio, non è altro se non un' applicazione del principio generale, secondo il quale la pruova è retta dalla legge del paese in cui i fatti sono avvenuti. Non avviene lo stesso quando si tratta di misfatti commessi in paese straniero, o da un francese, o da uno straniero, quando la legge francese [codice d'istruzione articoli 5, 6, 7] ne autorizza eccezionalmente il procedimento innanzi i tribunali francesi. Ma l'adagio *locus regit actum*, siccome quello che suppone una convenzione implicita, non si è mai applicato ai misfatti. Lo straniero che attacca la sicurezza o la fortuna della Francia, e in tutti i casi, il francese che commette un reato all'estero, debbono conoscere le nostre leggi, di conseguenza in tal caso, come in materia di effetto retroattivo, le giurisdizioni criminali non potrebbero applicare altra legislazione che la legge attualmente in vigore.

FINE.

Digitized by Google

TAVOLA DELLE MATERIE.

PREFAZIONE. . . . . pag. 3
INTRODUZIONE . . . . . » 5
I. Dei diversi generi di pruova in generale . . . » 7
II. Dei diversi generi di pruova in materia giudiziaria. » 13
NOZIONI GENERALI SULL'ANDAMENTO DELLA PRUOVA . . . » 19
1. Chi deve provare? . » ivi
1° punto. La pruova di un fatto negativo è impossibile? . . . . . » 21
2° punto. Il peso della pruova deve in tutti i casi incombere a colui che afferma? . . . . . » 24
II. Che cosa si deve decidere in mancanza di pruove sufficienti? . . . . . » 27
III. Che cosa si può provare? . . . . . » 31

PRIMA PARTE.

ESPERIENZA PERSONALE . . . » 49
I sezione [illegible] luo- [illegible] pag. 51
[illegible] » ivi
[illegible] » 53
[illegible] » 5[illegible]

2. Sua fede . . . . . » 61
II. Criminale . . . . . » 63

SECONDA PARTE

FEDE ALLA TESTIMONIANZA.—PRUOVE PROPRIAMENTE DETTE . » 67
PRIMO LIBRO.—Pruove semplici, orali . . . . . » 71
Primo modo di pruova orale. —Pruova testimoniale . » ivi
I sezione. Ammessibilità di questa pruova . . . » 72
I regola. Esclusione della pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto negli atti . . . . . » ivi
II regola. Esclusione totale in talune materie . . » 80
I divisione. In materia di convenzioni . . . . » 81
§ 1. Applicazione della regola . . . . . » 84
§ 2. Eccezioni . . . » 86
1° motivo. Modicità del valore. . . . . » 87
2° motivo. Principio di pruova per iscritto . . » [illegible]
3° motivo. Impossibilità della pruova scritta . . » [illegible]
4° motivo. Consenso dell'[illegible] [illegible]ersario . . . » [illegible]
Estensioni delle [illegible]
[illegible]visione. Delle [illegible]

Digitized by Google

di stato . . . . . » 108
§ 1. Nascita e morte . » 110
§ 2. Matrimonio . . . » 113
§ 3. Filiazione . . . » 119
1° Legittima . . . . » 120
2° Naturale . . . . » 126
III divisione. In materia criminale . . . . . » 134
APPENDICE. Pruova testimoniale in secondo grado. Fama pubblica . . . . . » 144
II sezione. Amministrazione della pruova testimoniale. » 148
I forma. Esame testimoniale scritto. . . . . » 150
§ 1. Andamento generale. » 152
§ 2. Sanzioni della comparsa e della veracità dei testimonii . . . . . » 162
§ 3. Esclusione di taluni testimonii . . . . . » 167
§ 4. Valutazione delle testimonianze. . . . . » 177
§ 5. Influenza della pruova testimoniale sulla decisione diffinitiva. . . . . » 183
II forma. Esame testimoniale orale . . . . . » 186
I. Nel civile, detta sommaria . . . . . » ivi
II. Nel criminale . . . » 189
§ 1. Andamento generale della discussione . . . » 191
§ 2. Sanzioni della comparsa e della veracità dei testimonii . . . . . » 196
§ 3. Esclusione di taluni testimonii . . . . . » 203
§ 4. Valutazione delle testimonianze. . . . . » 207
Secondo modo di pruova orale. —Confessione espressa o tacita . . . . . » 211
1. Confessione propriamente detta . . . . . » 212
I sezione. Forza della confessione . . . . . » ivi
I divisione. In materia civile . . . . . » ivi
§ 1. Confessione giudiziale » ivi
§ 2. Stragiudiziale . . » 219
II divisione. In materia criminale . . . . . » 222
II sezione. Provocazione della confessione . . . . . » 228
I divisione. In materia civile . . . . . » ivi
1° Interrogatorio sopra fatti e circostanze . . . » 230
2° Comparsa delle parti. » 237
II divisione. Provocazione della confessione in materia criminale . . . » 238
§ 1. Interrogatorio nel corso dell'istruzione . . . » 243
§ 2. Nella pubblica discussione . . . . . » 247
II. Confessione tacita. Giuramento decisorio. . . » 250
I sezione. Nel civile . . » 258
§ 1. Delazione del giuramento . . . . . » ivi
§ 2. Prestazione del giuramento. . . . . » 258
§ 3. Effetto della prestazione . . . . . » 260
§ 4. Rifiuto di prestarlo o di riferirlo . . . . . » 264
II sezione. Rigetto di questo giuramento nel criminale » 265
Terzo modo di pruova orale. —Dichiarazione dell'attore. » 266
I sezione. Fede esclusiva che si attribuisce alla dichiarazione d'una parte . » 267
II sezione. Giuramento suppletorio . . . . . » 270
I divisione. Uso nel civile. » 271
II divisione. Rigetto nel criminale . . . . . » 275
SECONDO LIBRO. — Pruove precostituite.—Scritte . » 277
Primo modo di pruova precostituita —Atto autentico. » 281
I sezione. In materia civile. » 283
I divisione. Degli atti notarili. . . . . » ivi
1° punto. Forma di tali atti. » 288

Digitized by Google

§ 1. Condizioni essenziali alla loro validità intrinseca. » 289
§ 2. Effetti della mancanza di tali condizioni . . » 303
§ 3. Forme estrinseche . » 306
2° punto. Fede degli atti autentici . . . . . » 310
§ 1. Cosa provano questi atti . . . . . » 311
§ 2. Fede delle controscritture . . . . . » 318
II divisione. Fede degli atti dello stato civile . . » 324
§ 1. Nascita e morte. . » 332
§ 2. Matrimonio . . . » 335
§ 3. Filiazione . . . » 337
1° Legittima . . . . » 339
2° Naturale. . . . . » 345
II sezione. In materia criminale . . . . . » 353
I divisione. Processi verbali» 354
§ 1. Condizioni essenziali per la loro validità. . . » 357
§ 2. Fede che vi si attribuisce. . . . . » 361
II divisione. Uso nel criminale degli atti autentici ordinarii . . . . . » 366
II sezione. Inscrizione in falso . . . . . » 369
I divisione. Falso civile. » 375
§ 1. Procedura ond' essere ammessa l' inscrizione in falso . . . . . » ivi
§ 2. Procedura ond' essere ammessa la pruova dei mezzi . . . . . » 380
§ 3. Procedura tendente alla pruova del falso . . » 383
§ 4. Risultati della procedura . . . . . » 388
II divisione. Falso incidente criminale. . . . . » 392
Secondo modo di pruova precostituita.—Scritture private » 395
I sezione. Scrittura privata» 396
I divisione. Fede di tale scrittura . . . . . » 398
§ 1. Tra le parti. . . » ivi
§ 2. In faccia ai terzi . » 413
II divisione. Verificazione delle scritture . . . » 417
§ 1. Procedura tendente alla ricognizione della scrittura . . . . . » 419
§ 2. Verificazione della scrittura . . . . . » 421
§ 3. Sentenza diffinitiva. » 429
§ 4. Inscrizione in falso relativamente alle scritture private 432
II sezione Scritture non sottoscritte . . . . . » 433
III sezione. Tacche . . » 439
IV sezione. Fede delle scritture private nel criminale . . . . . » 440
Terzo modo di pruova precostituita.—Libri de' mercatanti . . . . . » 443
I sezione. Fede tra commercianti . . . . . » 445
II sezione. Fede in faccia ai particolari . . . . . » 446
Appendice.—Pruova di pruova scritta. . . . . » 450
§ 1. Atti di ricognizione. » ivi
§ 2. Copie . . . . . » 455

PARTE TERZA

Presunzioni . . . . . » 463
LIBRO PRIMO. — Presunzioni semplici . . . . . » 464
I sezione. In materia civile. » ivi
II sezione. In materia criminale . . . . . » 468
§ 1. Ammessibilità degl' indizii . . . . . » 469
§ 2. Loro classificazione. » 472
§ 3. Loro discussione . » 474
LIBRO SECONDO. Presunzioni legali . . . . . » 477
I sezione. In materia civile» 478
II sezione. In materia criminale . . . . . » 483
§ 1. Presunzioni proprie del dritto penale . . s » 486

Digitized by Google

§ 2 Presunzioni tratte dal dritto comune . . . » 488
III sezione. Autorità della cosa giudicata . . . » 489
I divisione. Nel civile . » 491
§ 1. Identità della cosa domandata . . . . . » ivi
§ 2. Identità della causa della domanda . . . . . » 495
§ 3. Identità delle parti e delle qualità. . . . » 498
II divisione. Nel criminale. » 507
§ 1. Identità dell'oggetto » 508
§ 2. Identità di causa . » 509
§ 3. Identità di persona » 511
III divisione. Influenza rispettiva del civile e del criminale . . . . . » 512
§ 1. Del civile sul criminale» ivi
§ 2. Del criminale sul civile» 513

PARTE QUARTA.

Effetto retroattivo e dritto internazionale . . » 521
I sezione. Effetto retroattivo» 523
II sezione. Dritto internazionale. . . . . » 527

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google